البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين
المعروف ببدر الدين العيني الحنفي
المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان
مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء التاسع

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by **DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon.** No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف . شارع البحتري . بناية ملكارت

هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ . ٣٦٦١٣٥ . ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠

صندوق البريد : ٩٤٢٤ . ١١ بيروت . لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor

Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2210-X

90000>

9782745122100

http://www.al-ilmiyah.com.lb/

e-mail : sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب أدب القاضي

م: (كتاب أدب القاضي)

ش: أي هذا كتاب في بيان أدب القاضي . والأدب الخصال الحميدة ، سميت به لأنها تدعو إلى الخيرات والحسنات ، من الأدب بسكون الدال ، وهو الدعاء .

قال طرفة الشاعر :

نحن في المشاة ندعو الجفلى   لا ترى الأدب فينا يفتقر

والأدب فاعل من أدب يأدب أدبًا ، إذا دعا ، وسمي الأدب أدبًا لأنه يدعو الناس إلى المحامد . وعن أبي يزيد : الأدب يقع على رياضة محمودة ، فيخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل .

والمراد من أدب القاضي هو الخصال المدعو إليها ، والقضاء يستعمل في أشياء، ويراد به في الشرع الإلزام ، وقيل القضاء الحكم .

وقال ابن أبي قتيبة : القضاء يجيء لمعان مختلفة كلها تعود إلى واحد أصله الحتم والفراغ عن الأمر ، وبه يجري ألفاظ القرآن .

وفي الشرع يراد به الإلزام ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم، وأصله قضاي ، لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، كرداء أصله رداي . ولما كان وضع القضاء لفصل الخصومات ، وتنفيذ الأحكام ، وأكثر الخصومات يقع في البياعات والديون ، ذكر بعدها كتاب القضاء لمساس الحاجة إلى القضاء.

وفي الزاد القضاء فريضة محكمة وشرعة متبعة ، وعبادة شريفة لأجل ذلك أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام الخلافة بقوله ﴿ إني جاعل في الأرض خليفة ﴾ (البقرة: الآية ٣٠) ولداود عليه السلام بقوله تعالى ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة﴾ (ص: الآية ٢٦) ، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبياء عليهم السلام ، ثم القضاء مشروع بالكتاب كما ذكرنا ، وبالسنة لما روي أنه عليه أفضل الصلاة والسلام قال : «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ ، فله أجر ، وإن أصاب فله أجران »[1] ،

(١) رواه الدارقطني (٤/ ٢١٠) من طريق يزيد بن عبد الله بن الهاد عن محمد بن إبراهيم عن بسر بن سعيد عن أبي قيس مولى عمرو بن العاص . . . مرفوعًا .

ورواه ص (٢٠٤) من طريق عبد الرزاق نا معمر عن سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا . وهذا مخرج في الصحيحين.

وحديث معاذ لما بعثه النبي ﷺ[1] ظاهر وبالإجماع وهو ظاهر وبالمعقول وهو أن في القضاء الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ودفع الظلم عن المظلوم ، ودفع التهارج ، وقطع المنازعات ، وفصل الخصومات ، والكل حسن عقلاً وهو فرض كفاية بالإجماع ، وإن لم يصلح للقضاء إلا واحد ، تعين عليه ووجب عليه بالإجماع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى**) ش: بفتح اللام اسم مفعول من التولية ، وإنما قال المولى ولم يقل المتولي ليكون فيه دلالة على تولية غيره إياه بدون طلبه م: (**شرائط الشهادة**) ش: وهي الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والعدالة ، لأن مبنى القضاء على حكم الشهادة م: (**ويكون**) ش: بالنصب عطفًا على قوله حتى يجتمع م: (**من أهل الاجتهاد**) ش: الصحيح عندنا أن هذا شرط الأولوية ، لاشرط الجواز ، وقيل شرط الجواز وإليه مال صاحب شرح الأقطع .

وفي «وجيز الشافعية» ، لا بد للقضاء من صفات ، وهو أن يكون ذكرًا حرًا ، مجتهدًا ، بصيرًا عدلاً ، فلا يجوز قضاء المرأة ، والأعمى ، والصبي ، والفاسق ، والجاهل ، والمقلد انتهى .

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيًا . وذكر الخصاف : ما يدل على جوازه ، لأنه قال : القاضي يقضي باجتهاد نفسه إذا كان له رأي ، فإن لم يكن له رأي ، وسأل فقيهًا ، أخذ بقوله .

والدليل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز ما أخرجه أبو داود عن شريك - رحمه الله - عن سماك عن حنش عن علي رضي الله تعالى عنه ، قال : « **بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيًا ، فقلت يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ، فقال : إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء ، قال : فما زلت قاضيًا ، وما شككت في قضاء بعد** »، ورواه

(١) ضعيف جدًا : رواه أبو داود في «القضاء - باب اجتهاد الرأي في القضاء » (٣٥٩٢) والترمذي في «الأحكام - باب ما جاء في القاضي كيف يقضي » (١٣٥٠) من طريق الحارث بن عمرو عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ عن معاذ . . . مرفوعًا . وأخرجاه أيضًا من طريق الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ . . . مرسلاً .

قلت: والراوي عن الحارث بن عمرو في الحالتين هو أبو عون وعنه شعبة ، فهذا الاضطراب من الحارث بن عمرو وهو مجهول .

قال الترمذي : هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل ، وأبو عون الثقفي اسمه محمد ابن عبيد الله .

أما الأول ، فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية ،

الحاكم - رحمه الله - أيضًا في مستدركه ، وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وعلي لم يكن حينئذ من أهل الاجتهاد ، وقال الأستروشني في «فصوله» : قال بعضهم إذا كان صوابه أكثر من خطأه حل له الاجتهاد ، وقاله البستي في «أصوله» . قال بعض أصحابنا : إذا كان عالمًا في مسألة تعرف حقيقتها ، ولا يخفى عليه دقيقتها يكون من أهل الاجتهاد في تلك المسألة ، وأما المجتهد الذي ذكره أهل الأصول ، فهو أن يكون عالمًا بالنصوص من الكتاب والسنة مما يتعلق به الأحكام الشرعية ، ولا يشترط أن يكون عالمًا بجميع ما في الكتاب والسنة ، وهذا عزيز ، والرخصة في ذلك أن يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الأحكام ، ويشترط أيضًا أن يكون عالمًا بوجوه العمل بالكتاب والسنة والإجماع على ما عرف في أصول الفقه ، وإذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهداً ، ويجب عليه العمل باجتهاده ، ويحرم عليه تقليد غيره ، كذا في الميزان .

وقال صدر الإسلام البزدوي في «أصوله» ، وأهل الاجتهاد من يكون عالمًا بالكتاب ناسخه ومنسوخه ، وعالمًا بالسنن ناسخها ومنسوخها ، وعالمًا بمعاني الكتاب والسنن التي هي أقيسة . وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في كتاب الحدود ، وبعضهم قالوا يجب أيضًا أن يكون عالمًا بعرف بلده وكلامهم ولغتهم من الصريح والكناية ، والصحيح أن أهل الاجتهاد في مسائل الفقه ، من يكون عالمـًا بدلائل الفقه ، وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، والقياس ، إلى هنا لفظ صدر الإسلام .

وأما المفتي فقد قال صدر الإسلام البزدوي في أصوله : أجمع الفقهاء والعلماء ، أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ، فإنه لا يقدر أن يفتي الناس إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ، فإنه يحتاج إلى الاجتهاد لا محالة ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، لا يحل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية ، فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء ، ولا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولاً من أقوال المتقدمين ، إلى هنا لفظ صدر الإسلام - رحمه الله - .

م: **(أما الأول)** ش: يعني اشتراط شرائط الشهادة وقد ذكرناها م: **(فلأن حكم القضاء يستقى)** ش: أي يستفاد ، وهكذا وقع في نسخة شيخي بلفظ يستفاد في الكتاب . وقال تاج الشريعة - رحمه الله - يستقى من حكم الشهادة ، أي يؤخذ ويستنبط ويستخرج ويستفاد بطريق ترشيح الاستعارة ، لمشابهة العلم بالماء ، إذ به حياة الأرواح ، كما أن بالماء حياة الأشياء م: **(من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما)** ش: لأنه مبنى القضاء على الشهادة كما مر م: **(من باب الولاية)** ش: إذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير ، ولأن كل واحد منها إلزام ، فالشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم .

فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء. والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة

م: (**فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء**) ش: هذا نتيجة ما قبله من الكلام ، وكذلك قوله م: (**وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء**) ش: بل اشتراطها في القضاء أولى ، لأن القضاء ولاية عامة م: (**والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح**) ش: أي تقليده م: (**إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا**) ش: وقال الشافعي - رحمه الله - ومالك وأحمد - رحمهما الله - : لا يصح تقليده ، وبه قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - قلت: الصواب معهم ، ولاسيما قضاة هذا الزمان . وقال أصبغ المالكي: يصح ، ولكن يجب عزله .

وفي «وسيط الغزالي» : اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما مستعذر في عصرنا بخلو العصر عن المجتهد والولي ، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقًا .

وفي «خلاصة الفتاوى» : واختلفت الروايات في تقليد الفاسق للقضاء ، والأصح أنه يصح التقليد ، ولا ينعزل بالفسق ، ثم قال ، قال في« المحيط» : يستحق العزل عند عامة المشايخ - رحمهم الله - إلا إذا شرط في التقليد أنه متى جاء ينعزل . وعند الشافعي - رحمه الله - ينعزل ، والإمام يصير إمامًا مع الفسق ، ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

وفي «نوادر هشام» ، قال محمد - رحمه الله - :لو فسق القاضي ثم تاب ، فهو على قضائه ، وحكي عن الكرخي: أنه ينعزل بفسقه ، و عن علي المرازي صاحب أبي يوسف - رحمه الله - : أنه ينعزل القاضي بفسقه ، ولا ينعزل الخليفة بفسقه إلى هنا لفظ كتاب« الأجناس » وقال فيه أيضًا :

وفي« أدب القاضي» للحسن بن زياد : وفي قاضي خان مكث وهو تقي ، ثم فسق بعد ذلك وارتشى ، وقد كان قضى بقضايا ، قبل أن يفسق ، وبقضايا بعدما فسق أبطل كل قضية قضى بها، بعدما فسق ، وأنفذت القضايا التي قضي بها قبل أن يفسق.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لو أن قاضيًا قضى بين الناس زمانًا ، وأنفذ قضايا كثيرة ، ثم علم أنه فاسق مرتش ، لم يزل منذ ولي على ذلك ، ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن تبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي إلى هنا لفظ الأجناس.

م: (**ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة**) ش: الرشوة بكسر الراء وضم الراء لغة فيه

أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا -رحمهم الله- وقال الشافعي : الفاسق لا يجوز قضاؤه ، كما لا تقبل شهادته عنده . وعن علمائنا الثلاثة -رحمهم الله- في «النوادر» أنه لا يجوز قضاؤه ، وقال بعض المشايخ -رحمهم الله -: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ،ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق؛ لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيًا بتقليده دونها ، وهل يصلح الفاسق مفتيًا ؟قيل لا ، لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد الفاسق حذرًا عن النسبة إلى الخطأ .

مأخوذة من الرشا بالمد ، فإن نازح البئر لا يتصل إليه إلا به ، فلذلك الإنسان لا يتوصل إلى مقصوده الحرام إلا بها والرشوة على أربعة أوجه :

منها ما هو حرام للآخذ والمعطى ، وهو الرشوة في تقليد القضاء ، فإنه لا يصير قاضيًا بالرشوة بالإجماع سواء كان قضاؤه بحق أم بغير حق ، ومنها ما يأخذه القاضي على القضاء ، وهو حرام من الجانبين أيضًا ، ولا ينفذ قضاؤه بحق أو بغير حق ، ومنها ما يدفعها لخوف على نفسه أو ماله فهذا حرام على الآخذ لا الدافع ، ومنها ما لو دفعها ليستوي أمره عند السلطان ، حل الدفع ، ولا يحل الأخذ ، فلو أراد الآخذ أن يحل ، يستأجر الدافع الآخذ يومًا إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه فإنه يجوز هذه الإجارة ، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل ، وإن شاء استعمله في غيره . كذا في «فتاوى قاضي خان» - رحمه الله - و«أدب القاضي» للصدر الشهيد- رحمه الله - م: (**أو غيره**) ش: أي أو في غير أخذ الرشوة كالزنا وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي م: (**لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا - رحمهم الله-**) ش: أي علماء بخارى وسمرقند - رحمهم الله - .

م: (**وقال الشافعي : الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده**) ش: أي : عند الشافعي - رحمه الله - م: (**وعن علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -**) ش: وهو أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - م: (**في« النوادر» :أنه لا يجوز قضاؤه**) ش: أي قضاء الفاسق ، كما هو مذهب الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - .

م: (**وقال بعض المشايخ - رحمهم الله -: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق ؛لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيًا بتقليده دونها**) ش: أي دون العدالة م: (**وهل يصلح الفاسق مفتيًا قيل لا**) ش: أي لا يصلح م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإفتاء م: (**من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات**) ش: لأن مبناه على الأمانة والاحتراز عن الجناية ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - م: (**وقيل يصلح لأنه**) ش: أي لأن المفتي م: (**يجتهد الفاسق**) ش: كل الجهد في إصابة الحق م: (**حذرًا عن النسبة إلى الخطأ**) ش: وقال أبو العباس الناطفي- رحمه الله - في آخر

وأما الثاني ، فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية ، فأما تقليد الجاهل ، فصحيح عندنا ، خلافًا للشافعي -رحمه الله - ، وهو يقول :إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ، ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه ، وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام ،« من قلد إنسانًا عملاً وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين».

أدب القاضي من كتاب «الأجناس » ، للفقيه إذا كان فاسقًا ، هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ - رحمهم الله - .

ذكر محمد بن شجاع - رحمه الله - في« نوادره» سمعت بشر بن غياث - رحمه الله - يقول : أرى الحجر على ثلاثة ، قاض فاسق ، وطبيب جاهل ، ومكار مفلس . وقال محمد بن شجاع - رحمه الله - من قول نفسه : لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لأنه يكره أن يخطئه الفقهاء ، فيجيب بما هو الصواب .

م: (**وأما الثاني**) ش: أي الشرط الثاني في الولي ، وهو شرط الاجتهاد ، وقد مر الكلام فيه، ولكن نتكلم في حل المتن م: (**فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية**) ش: والمجتهد أحب من غيره م: (**فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ،خلافًا للشافعي - رحمه الله-**) ش: وبقوله قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م: (**وهو**) ش: أي الشافعي - رحمه الله - م: (**يقول: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه**) ش: لأنه مأمور بالقضاء بالحق ، ولا أمر بلا قدرة ، ولا قدرة بلا علم ،وهو معنى قوله م: (**ولا قدرة دون العلم**) ش: لأن الجاهل يخبط خبط العشو ، ولا يميز بين الحق والباطل م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الجاهل م: (**يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه**) ش: وفي بعض النسخ إلى المستحق .

فإن قلت : روى أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ **« القضاة ثلاثة، اثنان في النار ، وواحد في الجنة ، رجل عرف الحق فقضى به ، فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به ، وجار في الحكم ، فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ، فقضى بين الناس على جهل ، فهو في النار »** (١) . وقيل له : الحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع إلى الغير .

م: (**وينبغي للمقلد**) ش: بكسر اللام م: (**أن يختار من هو الأقدر**) ش: على القضاء م:(**والأولى**) ش: لعلمه ودينه وأمانته، م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : **« من قلد إنسانًا عملاً ، وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين »** روى الحاكم -

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٧٣) والحاكم في «المستدرك» في الأحكام (٤/ ٩٠) ، وقال: صحيح على شرط مسلم من طريق ابن بريدة عن أبيه . . . مرفوعًا .

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة ،

رحمه الله -في «مستدركه» عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ: « **من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين** » . وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ورواه الطبراني- رحمه الله - في «معجمه» عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ: « **من ولي من أمور المسلمين شيئًا ، فاستعمل عليهم رجلاً ، وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين**»[1] .

وروى أبو يعلى الموصلي - رضي الله عنه - في «مسنده» ، عن حذيفة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : « **أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفطن منه ، فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين** » . فانظر إلى ملوك زماننا هذا ، كيف يولون قضاة ونوابًا ، مع علمهم أن في رعيتهم من هو أفضل منهم وأعلم وأدين ، وغالب توليتهم بالرشاء والبواطيل .

وقد روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال : **لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي** . وروى الخصاف من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال : « **لعن الله الراشي والمرتشي ، والرائش ملعون ، والراشي المعطي ، والمرتشي الآخذ ، والرائش الذي يسعى بينهما ليسوي أمره** » .

م: (**وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه**) ش: أي في أصول الفقه لفخر الإسلام- رحمه الله - وغيره في باب معرفة المجتهدين ، وقد ذكرنا فيما مضى في هذا الباب مما فيه الكفاية م: (**وحاصله**) ش: أي حاصل ما قيل في حد الاجتهاد م: (**أن يكون**) ش: أي الذي يدعي الاجتهاد م: (**صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب**) ش: أي أو يكون صاحب م: (**فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة**) ش: . قال صاحب «الجمهرة»: القريحة خالص الطبيعة ، ومنه اشتقاق القراح ، وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من السبخ ، وغيره في «تهذيب الديوان» : قريحة البئر أول

---

(١) رواه الحاكم (٤/ ٩) ، وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٣٥٢) ، بلفظ : «من استعمل عاملاً على قوم»، وأعله بحسين بن قيس وهو ضعيف . وقال العقيلي : إنما يعرف هذا من كلام عمر .

وقال الهيثمي في «المجمع» (٥/ ٢١١) : رواه الطبراني وفيه أبو محمد الحزري حمزة ولم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح .

وعزاه الزيلعي لأبي يعلى ، وذكر إسناده : حدثنا أبو وائل خالد بن محمد البصري ثنا عبد الله بن بكر السهمي ثنا خلف بن خلف عن إبراهيم بن سالم عن عمرو بن ضرار عن حذيفة . . . مرفوعًا .

يعرف بها عادات الناس ؛ لأن من الأحكام ما يبتني عليها . قال : ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه ، لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف . قال : ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه

مائها ، والقريحة الطبيعة ومنه يقال لفلان قريحة جيدة براه استنباط العلم وهي على وزن فعيلة بمعنى مفعولة اسم للبئر من قرحتها ، إذا حفرتها ثم سموا الماء بذلك لملابسته بينهما ، ثم قالوا فلان حسن القريحة ، إذا ابتدع شعراً أو خطبة أجاد فيهما ، فاستعاروها للطبع ، وهو من مستعار المجاز ، لأن أصل القرح الجرح والشق ومنه القارح ، وهو الفرس الذي قرح نابه أي شق .

م: (**يعرف بها**) ش: أي بالقريحة م: (**عادات الناس ؛ لأن من الأحكام ما يبتني عليها**) ش: أي على العادات ، لأن العرف قد يغلب على القياس ، كما في الاستصناع جوزوا بخلاف القياس .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه**) ش: أي فرض القضاء وهو الحق ، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء عليهم السلام م: (**لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوه**) ش: أي القضاء ، وروى أبو داود والترمذي وابن ماجة - رحمهم الله - أن عليًا - رضي الله عنه - « **تقلد القضاء من النبي ﷺ** »[1]

وروى البيهقي أيضًا أن أبا بكر - رضي الله عنه - ، استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال ، وروى ابن سعد في « الطبقات» عن نافع لما استعمل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - زيد بن ثابت - رضي الله عنه - على القضاء فرض له رزقًا م: (**وكفى بهم قدوة**) ش: أي كفى بالصحابة أسوة .

قال الجوهري - رحمه الله - : القدوة الأسوة ، يقال فلان قدوة يقتدى به ، وقد يضم فيقال لي بك قدوة وقدوة وقدوه م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن القضاء م: (**فرض كفاية لكونه أمرًا بالمعروف**) ش: والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض .

فإن قيل قوله فرض كفاية يوجب أن الدخول فيه مستحب كما في صلاة الجنازة وغيرهما قلنا نعم ، لكن فيه خطر عظيم ، وأمر مخوف ، لا يسلم في بحره كل سائح ، فبالنظر إلى كونه فرض كفاية وبالنظر إلى كونه متضمنًا أمرًا مخوفًا يكره ، فقلنا لعدم البأس .

م: (**قال:**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويكره الدخول فيه**) ش: أي في القضاء م: (**لمن يخاف العجز عنه**) ش: أي عن القضاء وكره بعض العلماء - رحمهم الله - أو بعض السلف-

---

(١) حسن :أخرجه الحاكم (٤/ ٨٨) من طريق شبابة بن سوار ثنا ورقاء بن عمر عن مجاهد عن ابن عباس قال : بعث النبي ﷺ عليًا إلى اليمن ، فقال: علمهم الشرائع ، واقض بينهم ، فقال : لا علم لي بالقضاء ، فدفع في صدره ، وقال : اللهم اهده للقضاء ، وقال : صحيح على شرط الشيخين . قلت: ولا يقل عن منزلة الحسن فإن في ورقاء كلام يسير لا ينزل بحديثه عن مرتبة الحسن .

ولا يأمن على نفسه الحيف فيه ، كيلا يصير شرطًا لمباشرته القبيح .وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً ، لقوله عليه الصلاة والسلام : [من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » .

رحمهم الله - الدخول فيه سواء ، وشقوا بأنفسهم أو خافوا عليها العجز عنه ، وفسروا الكراهة هنا بعدم الجواز .

فقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» : ومنهم من قال : لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهًا .

ألا ترى أن أبا حنيفة - رضي الله تعالى عنه - دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطًا ، فلما كان في المرة الثالثة ، قال حتى أستشر أصحابي ، فاستشار أبا يوسف - رحمه الله - فقال أبو يوسف - رحمه الله - : لو تقلدت لنفعت الناس ، فنظر إليه أبو حنيفة - رحمه الله - نظر المغضب وقال : أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه ، وكأني بك قاضيًا ، ويروى أنه قال : أراك أن تبتلى بالقضاء ، وكذا دعي محمد - رحمه الله - إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد .

م: (**ولا يأمن على نفسه الحيف فيه ؛كيلا يصير شرطًا**) ش: أي كيلا يصير الدخول في القضاء وسيلة م: (**لمباشرته القبيح**) ش: وهو الحيف في القضاء ، وإنما عين بلفظ الشرط لأنه أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشاء ، وفي الغالب يكون ذلك مشروطًا بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له علي مطالبته بكذا ، فإن قضيت لي فلك كذا .

م: (**وكره بعضهم الدخول فيه**) ش: أي في القضاء حال كونه م: (**مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**«من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين»**) ش: هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة -رحمهم الله - عن أبي هريرة -رضي الله عنه- : « أن النبي ﷺ قال : **من جُعل قاضيًا فقد ذُبحَ بغير سكين**» . ورواه الحاكم - رحمه الله - في «مستدركه» وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . رواه ابن عدي - رحمه الله - في «الكامل» عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : «**من استقضى فقد ذبح بغير سكين** » وروي : «**ذبح بسكين**»[1] وذكر الصدر الشهيد -رحمه الله- في «أدب القاضي » : وجه التشبيه أن السكين تؤثر

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٧٢) ، والترمذي (١٣٤٨) ، وابن ماجة (٢٣٠٨) ، والحاكم (٤/ ٩١) والدارقطني (٤/ ٢٠٤) .

فرواه أبو داود والترمذي من طريق عمرو بن أبي عمرو عن سعيد المقبري عن أبي هريرة والباقون عن عثمان بن محمد الأخنس عن المقبري عن أبي هريرة -رضي الله عنه - .

والإسناد الأول صحيح ، والثاني لا بأس به لأن عثمان فيه كلام .

وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٨٩) ، وأعله بداود بن الزبرقان وهو ضعيف .

في الظاهر والباطن جميعًا، والذبح بغير سكين، ذبح بطريق الخنق والفم ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن، والقضاء لا يؤثر في الظاهر، فإنه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك.

وكان شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي، فقد حكي أن قاضيًا روى له هذا الحديث، فازدراه وقال: كيف يكون هذا، ثم دعى في مجلسه ممن يسوي شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه، إذ هو عطس فأصابه الموسي، وألقى رأسه بين يديه.

وقد جاء في التحذير عنه آثار، وقد اجتنبه أبو حنيفة - رحمه الله - فصبر على الضرب واجتنبه كثير من السلف - رحمهم الله - وقيد محمد - رحمه الله - نيفًا وثلاثين يومًا أو نيفًا وأربعين يومًا، حتى تقلده هذا كله ليس بموجود في بعض النسخ، وروايته موجودة في نسخة شيخي العلاء - رحمه الله -، فلذلك استدركه وكتبه على الحاشية، وشرحه مضى عن قريب.

والذي ضرب أبا حنيفة - رحمه الله - على تركه القضاء، هو أبو جعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسيين، وكان الذي قلد القضاء لمحمد - رحمه الله - هو الرشيد ثم عزله [...] .

وقد جاء في التحذير، أي عن الدخول في القضاء، آثار أي أخبار كثيرة منها حديث أبي ذر - رضي الله عنه -، رواه مسلم أن النبي ﷺ قال له: «**يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال يتيم**» ومنها حديث ابن أبي بريدة - رحمه الله - عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «**القضاة ثلاثة ...**»[1] الحديث، ومنها حديث رواه ابن حبان - رحمه الله - في «صحيحه» عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: سمعت النبي ﷺ يقول: «**يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره**».

م: (**والصحيح أن الدخول فيه**) ش: أي في القضاء م: (**رخصة طمعًا في إقامة العدل**) ش: قال رسول الله ﷺ: « **عدل ساعة خير من عبادة سنة** »[2]. وروى مسلم عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: « **إن المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين**

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) حسن: عزاه الزيلعي لإسحاق بن راهويه في «مسنده»، قال: أخبرنا جعفر بن عون الحريثي ثنا عفان بن جبير عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ: «**يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقه أزكى فيها من مطر أربعين يومًا**». وقال: وكذلك رواه الطبراني في «الأوسط» و«الكبير» عن عفان بن جبير الطائي عن أبي حريث الأزدي عن عكرمة به، وعزاه أيضًا لأبي عبيد القاسم بن سلام في «الأموال»: قال: حدثنا هشيم عن زياد بن مخراق عن رجل عن أبي هريرة ... مرفوعًا بلفظ: «**العادل في رعيته يومًا واحدًا أفضل من عبادة العابد في أهله مائة سنة أو خمسين سنة**» شك هشيم. انتهى.

والترك عـزيمة ، فلعله يخطىء ظنه ولا يوفق له ،أو لا يعينـه عليه غيـره ولا بد من الإعانة ، إلا إذا كان هو الأصل للقـضاء دون غيـره ، فحينئـذ يفترض عليه الـتقلد صيانة لحقوق العبـاد وإخلاء للعالـم عن الفـساد . قال :وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسـألها لقوله عليه الـصلاة والسلام :« من طلب القضاء ، وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه ، نزل ملك عليه يسدده» .

الرحـمن، وكلتـا يديه يمين الذيـن يعدلـون في حكمـهم وأهلهم ومـا ولوا » م: (**والتـرك**) ش: أي تـرك القضاءم: (**عزيمة**) ش: من العزم ، وهو الجد والصبر م: (**فلعله يخطـئ ظنه ولا يوفق له**) ش: يعني أنه أراد أن يقـضي بالحق في الابتداء في ظنه ثـم لا يقدر عليه م: (**أو لا يعينـه عليه غيـره ولابد من الإعانة**) ش: أي على القـضاء بالحق أنه ربمًا لا يمكنه القضـاء في الأمر إلا بإعـانة غيره عليه ، ولعل غيره لا يعينه عـليه م: (**إلا إذا كان هو الأصل للقـضاء دون غيره ، فـحينئذ يفـترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد**) ش: .

هذا بلا خـلاف بين الفقـهاء كصلاة الجنازة إذا تعين واحـد لإقامـتها يفتـرض ، ومعنى إخـلاء العالم عن الفساد في الحدود والقصاص ، وقيد بقوله «إذا كـان هو الأهل للقضـاء» يعني وحده ؛ لأنه إذا كـان في البلد قوم يصلحون للقضـاء ، فـامتنع كل واحد منهـم عن الدخول فيه ، أثمـوا إن كان السلطان ، بحيث لا يفصل بينهم ، وإلا فلا ،ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل ، اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسـألها**) ش: أي لا يطلب ولاية القـضـاء بقلبه ولا يسألهـا بلسـانه م: (**لقـوله عليه الـصلاة والسـلام : «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نـزل ملك عليه يسدده**) [(١)] ش: هذا الحـديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة - رحـمه الله - من حديث أنس - رضي اللـه عنه - قال : قال رسـول الله ﷺ : « **من سأل القضاء وُكِّل إلى نفسه** ... » الحـديث ، ولفظة أبي داود - رحـمه الله - : «**من طلب القضاء** »، كما في رواية المصنف - رحمه الله - وزاد عليه قوله : «**واستعان عليه وكل إليه**» .

ومن لـم يطلبه ولـم يستعن عليه أنزل الله ملكًا يسـدده ، ولفظ الترمذي : « من ابتغى القـضاء وسأل شفعًا وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه أنزل الله عليه ملكًا يسدده » قوله و«كل» على صيغة المبني للمجهـول ، بتـخفيـف الكاف ، أي فوض أمـره إليهـا ، ومن فـوض أمـره إلى نفسه ، كان

---

(١) ضعـيف : رواه أبو داود (٣٥٧٨) ، والتـرمـذي (١٣٤٦) ، وابن مـاجـة (٢٣٠٩) ، والحـاكم (٤/ ٩) عن عبدالأعلى عن عامر عن بلال بن أبي موسى ، ويقال : ابن مرداس عن أنس . . . مرفوعًا . وأخرجه الترمذي من طريق أبي عوانة عن عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن مرداس الفزاري عن خيثمة عن أنس مرفوعًا . وقال : وهو أصح من حديث إسرائيل .

قلت: وأبو عوانة حافظ كبير ثبت أثبت من إسرائيل بل إسرائيل تكلم فيه . قلت : والإسناد ضعيف، وعبد الأعلى ضعيف ، وبلال قال فيه الحافظ : مقبول ، ويزاد بخيثمة بن أبي خيثمة ضعيف .

ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحـــرم ، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ، ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كمـا يجوز من العادل لأن الصحابة -رضي الله عـنهم - تقلدوا من معاوية - رضي الله عـنـه- والحـق كـان بيـد عـلي- رضي الله عنه- فـي نوبتـه ، والتـابعين تـقلدوه من الحجاج

مخذولاً غيره مرشد إلى الصواب ، لكون النفس أمارة بالسوء ، قوله يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب .

م: (**ولأن من طلبـــه**) ش: أي القـضـاء م: (**يعـتـمـد على نفسـه**) ش: من الـورع والـعلم والفطنة ، فيصير معجبًا ، فلا يلهم الرشد ، ويحرم التوفيق ، وهو معنى قوله : م: (**فيحرم ومن أجبر عليـه يتوكل على ربه**) ش: ومن يتوكل على الله فهو حسبه م: (**فيلهم**) أي الرشد والصواب (**ثم يجوز التقلد**) ش: أي تقليد القـضاء م: (**من السلطان الجائر كما يجـوز من العادل لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوا**) ش: أي القضاء م: (**من معاوية - رضي الله عنه -**) ش: ابن أبي سفيان لما انفرد بالإمرة وخالف عليًا - رضي الله عنه - .

م: (**والحق**) ش: أي والحال أن الحق م: (**كان بيد علي - رضي الله عنه - في نوبته**) ش: أي في خلافته ؛ لأن الخلافة كانت له بعد عثمان - رضي الله عنه - بالنص ، وقيد بقوله : «في نوبته» احترازًا عن مذهب الروافض ، فإنهم يقولون الحق مع علي - رضي الله عنه - ، في جميع نوب الخلفاء ، في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنهم- ، ومع أولاده بعد علي - رضي الله عنه - ، وعند أهل السنة - رحمهم الله - معاوية - رضي الله عنه - كان باغيًا في نوبة علي - رضي الله عنه - ، وبعده إلى زمان ترك أمير المؤمنين حسن - رضي الله عنه - الخلافة إليه فانعقد الإجماع على خلافة معاوية - رضي الله عنه - بعده م: (**والتابعين**) ش: بالنصب عطفًا على قوله لأن الصحابة - رضي الله عنهم - م: (**تقلدوه**) ش: أي القضاء م: (**من الحجاج**) ش: ابن يوسف الثقفي عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان ، ومات في رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين ، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة .

ولما سمع الحسن البصري بموته سجد ، يعني شكرًا لله تعالى ، وقال : اللهم إنك قد أمته ، فأمت عنا سننه . وعن الحسن - رحمه الله - أيضًا أنه قال : لو جاءت كل أمة بخبيثها ، وجئنا به لغلبناهم ، وظلمه مشهور .

وتولى أبو الدرداء - رضي الله عنه- القضاء بالشام ، ولما مات وكان معاوية يستشيره ، واستشاره فيمن يولي بعده ، فأشار إليه بفضالة بن عبيدة الأنصاري-رحمه الله - فولاه الشام بعده .

وقال البخاري - رحمه الله - في «تاريخه الوسيط » بإسناده إلى أبي إسحاق -رحمه الله -

وهو كان جائرًا ، إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق ؛ لأن المقصود لا يحصل بالتقلد ، بخلاف ما إذا كان يمكنه .قال ومن قلد القضاء يسلم إليه عن ديوان القاضي الذي كان قبله ، وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها ؛ لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء ، ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر ،

قال : كان أبو بريدة - رحمه الله - على الكوفة ، فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه ، وقال في موضع آخر حدثنا الحسن بن رافع حدثنا ضمرة قال : استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى ، وأجلس معه سعيد بن جبير ، ثم قتل سعيد بن جبير ، ومات الحجاج بعده بستة أشهر ، ولم يقتل بعده أحدًا .

وفي «تاريخ أصفهان» للحافظ أبي نعيم ، في باب العين المهملة : عبد الله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج ، ثم عزله الحجاج ، فأقام محبوسًا بواسط ، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان ومات بها .

م: (**وهو**) ش: أي الحجاج م: (**كان جائرًا**) ش: أي ظالمًا شديد الظلم مشهورًا م: (**إلا إذا كان**) ش: استثنى من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر إلا إذا كان م: (**لا يمكنه من القضاء بحق**) ش: أي إلا إذا كان السلطان الجائر لا يمكنه من التمكين من الحكم بحق م: (**لأن المقصود**) ش: وهو العمل بحق م: (**لا يحصل بالتقلد**) ش: من السلطان الجائر م: (**بخلاف ما إذا كان يمكنه**) ش: حيث يجوز له التقليد منه ، والضمير فيما كان يرجع إلى السلطان ويمكنه من التمكن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله، وهوالخرائط التي فيها السجلات**) ش: وفي المغرب الديوان الجديدة من دون الكتب، أو أجمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة . ويروى أن عمر - رضي الله عنه - أول من دون الدواوين ، أي رتب الجراية للولاة والقضاء ، وأصله بدون بتشديد الواو فعوض من إحدى الواوين ، لأنه يجمع على دواوين . ولو كانت الياء أصلية لقالوا دياوين .

وفسر المصنف الديوان بقوله وهو الخرائط ، جمع خريطة . قال الجوهري-رحمه الله - وعامة من الأدم وغيره بشرح علي فيها ، والسجلات جمع سجل ، وهو كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي م: (**وغيرها**) ش: أي غير السجلات من المحاضر والصكوك ، وكتاب نصب الأوصياء ، وتقدير النفقات ، والقيم في أموال الوقف م: (**لأنها**) ش: أي السجلات وغيرها م: (**وضعت فيها**) ش: أى في الخرائط م: (**لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء**) ش: وهو القاضي المولى ، لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيها ، فكان له أخذها .

م: (**ثم إن كان البياض**) ش: الذي كتب عليه السجلات ونحوها م: (**من بيت المال فظاهر**) ش: أي يجبر المعزول على دفعه ، لأن ذلك إنما كان في يده لعلمه وقد صار العمل لغيره ، فلا

وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح ؛لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى،وكذا إذا كان من مال القاضي هو الصحيح ؛ لأنه اتخذه تدينًا لا تمولاً ، ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئًا فشيئًا ، ويجعلان كل نوع فيها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام

يترك في يده ، أي وكذا يجعل في يد من له ولاية القضاء م: (**وكذا إذا كان**) ش: أي البياض م: (**من مال الخصوم**) ش: لأنه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تدينًا لا تمولاً (**في الصحيح**) احترز به عما قال المشايخ - رحمهم الله - إذا كان البياض من ماله أو من مال الخصوم لا يجبر على الدفع لأنه ملكه أو وهب له ، وفي الصحيح يجبر م: (**لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى**) ش: بتشديد اللام المفتوحة .

م: (**وكذا**) ش: أي يجبر على الدفع م: (**إذا كان**) ش: أي البياض م: (**من مال القاضي هو الصحيح**) ش: احترز به عن مثل ما مضى في الصورة الأولى م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي المعزول م: (**اتخذه تدينًا**) ش: أي وضع عندهم بطريق الديانة والأمانة م: (**لا تمولاً**) ش: أي ما وضع عنده من حيث أن يتمول به م: (**ويبعث**) ش: أي القاضي الجديد المولى اثنين م: (**أمينين ليقبضاها**) ش: أي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها ، والواحد يكفي والاثنان أحوط م: (**بحضرة**) ش: القاضي م: (**المعزول أو أمينه**) ش: أي الأمين من جهة المعزول .

م: (**ويسألانه**) ش: أي يسألان المعزول م: (**شيئًا فشيئًا**) ش: يعني واحداً بعد واحد م: (**ويجعلان كل نوع فيها في خريطة**) ش: وينسخ الأوصياء في خريطة ، وكل نوع في خريطة ، لأن هذه النسخ كانت في خريطة تحت يد المعزول ، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إليه بخلاف المولى ، لأنه لا علم له بذلك ، فيجعل كل نوع في خريطة م: (**كيلا يشتبه على المولى**) ش: شيء منها ، أي من هذه السجلات وغيرها .

م: (**وهذا السؤال**) ش: أي سؤال أحوال الديوان والمحبوسين وسبب الحبس م: (**لكشف الحال لا للإلزام**) ش: لأن قول المعزول ليس بحجة لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا ، ومتى قبضا ذلك، يختمان ذلك احترازاً عن الزيادة والنقصان وهذا ينبغي أن يكون في حق كل قاض . كذا في «المحيط» وفي «أدب القاضي» للصدر الشهيد .

وقال الكاكي - رحمه الله - : قيل : والسؤال يعني الاستعلام ، يتعدى إلى المفعول الثاني بغير ، وهنا قال : يسألانه شيئًا فشيئًا بدون عن وأجيب بأن انتصاب شيئًا بعامل مضمر يدل عليه قوله يسألان ، تقديره يسألانه عن أحوال السجلات وكيفياتها، أي يسألان شيئًا فشيئًا عنها .

ونقل الأكمل - رحمه الله - وجميع ما قاله شيخه الكاكي - رحمه الله - ثم قال : وليس بشيء ، لأن الكلام في الثاني كالكلام في الأول ، والأولى أن يجعل حالاً ، بمعنى مفصلاً كما في

قال: وينظر في حال المحبوسين ، لأنه نصب ناظراً فمن اعترف بحق ألزمه إياه ، لأن الإقرار ملزم. ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة . لا سيما إذا كانت على فعل نفسه فإن لم تقم بينة ، لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره ، لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر ، فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير

قوله بينت له حسابه بابًا بابًا انتهى . إنما قال بمعنى مفصلاً ، لأن من شرط الحال ، أن يكون من المشتقات .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وينظر في حال المحبوسين**) ش: أي بنظر القاضي الجديد في حال المحبوسين . وفي بعض النسخ في حال المحتبسين م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي الجديد م: (**نصب ناظراً**) ش: لأمور المسلمين م: (**فمن اعترف بحق ألزمه إياه ؛ لأن الإقرار ملزم ، ومن أنكر لم يقبل قول المعزول**) ش: أي القاضي المعزول م: (**عليه إلا ببينة ؛ لأنه**) ش: أي لأن المعزول م: (**بالعزل التحق بالوعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت**) ش: أي شهادته على تأويل الأخبار م: (**على فعل نفسه**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يقبل قوله بعد العزل ، كما قبل العزل ، لأنه أمين الشرع ، وعند مالك - رحمه الله - لا يقبل قوله قبل العزل إلا بحجة .

م: (**فإن لم تقم بينة لم يعجّل**) ش: القاضي م: (**بتخليته حتى ينادى عليه**) ش: وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس مناديًا ينادي في محلته ، [من] كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر ، ينادى كذلك أيامًا ، فإذا حضر أحد وادعى عليه ، وهو على جحوده ، ابتدأ الحكم بينهم ، فلا يقبل قول المعزول . وإن لم يحضر خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه ، ولعله محبوس بحق غائب ، وقد قامت عليه إمارة ، وهو حبس القاضي المعزول .

فصل قسمة الميراث عند أبي حنيفة - رحمه الله - حيث يؤخذ الكفيل هناك عنده ، على ما يجيء لأن في مسألة الميراث ، الحق ظاهر لهذا الوارث وفي ثبوت حق الآخر شك ، فلا يجوز تأخيره ، كموهوم ، أما هناك الحق ثابت ، فيحمل فعل القاضي على الصلاح ، ولكنه مجهول فلا يكون أخذ الكفالة لموهوم وقيل أخذ الكفيل هنا على الخلاف أيضًا . وفي «المحيط» : الصحيح أن أخذ الكفيل ها هنا بالاتفاق.

م: (**وينظر في أمره لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر**) ش: أي من حيث الظاهر م: (**فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير**) ش: أي لا يعجل القاضي بإطلاق المحبوس ، بل يتأنى وينادي على المحبوس أيامًا في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق ، فليحضر .

وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف، فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ، أو يعترف به من هو في يده، لأن كل ذلك حجة ، ولا يقبل قول المعزول لما بيناه إلا أن يعترف الذي هو في يده ، أن المعزول سلمها إليه، فيقبل قوله فيها ، لأنه ثبت بإقراره ، أن اليد كانت للقاضي ، فيصح إقرار القاضي ، كأنه في يده في الحال ، إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي ، فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ، ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي .

وقال أبو داود الناصحي – رحمه الله – : « في أدب القاضي» للخصاف : فإن قال واحد من المحبوسين : حبست بغير حق ، ولم يحضر له خصم ، تأنى القاضي ، ونادى أيامًا ، فإن لم يحضر له خصم أطلقه وأخذ منه كفيلاً بنفسه ويطلقه ، فإن قال : لا كفيل لي ، أو لا أعطي كفيلاً فإنه لا يجب عليه شيء نادى عليه شهرًا ثم تركه ، لأن الحق لم يثبت عليه ، فلا يلزمه إعطاء الكفيل وإنما طلبه القاضي به احتياطًا ، فإذا لم يعطه ، وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر ، فينادي عليه شهرًا ، فإذا مضت المدة أطلق عنه ، كذا قاله الإمام الناصحي .

م: (**وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف**) ش: أي التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء م: (**فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده ؛لأن كل ذلك**) ش: أي كل واحد من قيام البينة ، واعتراف من هو في يده م: (**حجة ولا يقبل قول المعزول لما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا إلى آخره م: (**إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها**) ش: أي يقبل قول المعزول حينئذ فيها ، أي في الودائع وارتفاع الأوقات م: (**لأنه ثبت بإقراره**) ش: أي بإقرار ذي اليد م: (**أن اليد كانت للقاضي**) ش: المعزول م: (**فيصح إقرار القاضي**) ش: المعزول به .

م: (**كأنه في يده في الحال**) ش: ولو كانت بيده عيانًا ، صح إقراره به ، فكذا إذا كان بيد مودعه، لأن يد المودع كيد المودع م: (**إلا إذا بدأ**) ش: استثناء من قوله فيقبل ، أي إلا إذا بدأ به ذوي اليد م: (**بالإقرار لغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي**) ش: إلى الغير من أقر له القاضي م: (**فيسلم مافي يده إلى المقر له الأول لسبق حقه**) ش: أي يسبق حق المقر له الأول ، وهو الذي أقر له ذو اليد م: (**ويضمن**) ش:أي ذو اليد م: (**قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي**) ش: .

وقال الصدر الشهيد – رحمه الله – : حاصل ذلك أن المسألة على أربعة أوجه : إما أن يقول دفعه إلى المعزول ، وقال هو لفلان بن فلان ، أو قال دفعه إلى المعزول ولا أدري لمن هو ، وأنكر ما قوله المعزول أو قال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر .

ففي الوجه الأول والثاني يقبل قول المعزول والمال للمقر له ، لأن المال وصل إلى يده من

قال: ويجلس للحكم جلوسًا ظاهرًا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين ، والمسجد والجامع أولى ؛ لأنه أشهر. وقال الشافعي - رحمه الله -: يكره الجلوس في المسجد للقضاء ؛ لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام :« إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم »

جهة المعزول ، فكان المال في يد المعزول معنى ، ومن في يده المال إذا أقر لإنسان يقبل فكذا هذا .

وفي الوجه الثالث: القول لصاحب اليد .

وفي الوجه الرابع المسألة على وجهين ، أما إن بدأ صاحب اليد وقال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر ، أو بدأ بالإقرار فقال هو المال لفلان ابن فلان غير الذي أقر له المعزول له ، ثم قال دفعه إلى المعزول ، ففي الوجه الأول : القول قول المعزول ويؤمر بالدفع إلى من أقر له المعزول ، وفي الوجه الثاني يؤمر بالدفع إلى من أقر له ، ويضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال ، أو قيمته للمعزول ثم يسلمه المعزول إلى من أقر له .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ويجلس**) ش: أي القاضي م: (**للحكم جلوسًا ظاهرًا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء**) ش: جمع غريب م: (**وبعض المقيمين**) ش: الذين ليس لهم اختلاط بالقضاء م: (**والمسجد والجامع أولى ؛ لأنه أشهر**) ش: المواضع .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله -: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة ولو كان في طرف البلدة ، يختار مسجدًا في وسط البلدة ، كيلا يلحق الناس مشقة الذهاب إلى طرف البلدة ويختار مسجد السوق لأنه أشهر ، وفي« المبسوط» : أحب إلي أن يقضي حيث تقام جماعة الناس ، يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات، لأن ذلك عن التهمة أبعد .

وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وفي «وجيز الشافعية» - رحمهم الله -: ويكره أن يتخذ المسجد مجلسًا للقضاء ، وقال في «خلاصة الفتاوى» : وأفضل ما يجلس في المسجد الجامع ، وفي مسجد حيه أو بيته لا بأس به عندنا .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه**) ش: أي لأن القاضي م: (**يحضره المشرك**) ش: للدعوى م: (**وهو نجس بالنص**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **إنما المشركون نجس** ﴾: (التوبة : الآية ٢٨) ، م: (**والحائض**) ش: أي ويحضره الحائض م: (**وهي**) ش: أي الحائض م: (**ممنوعة عن دخوله**) ش: أي دخول المسجد م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم**) ش: هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، ورواه مسلم ليس فيه «الحكم» ، رواه في الطهارة من حديث أنس مطولاً ، وفي آخره : «إنما هي لذكر الله تعالى » أي المساجد .

وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه ، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ؛ ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد ، كالصلاة ، ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره ، فلا يمنع من دخوله ، والحائض تخبر بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها ، كما إذا كانت الخصومة في الدابة . ولو جلس في داره لا بأس به ، ويأذن للناس بالدخول فيها

م: (**وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه**) ش: فيه أحاديث منها ما خرج البخاري ومسلم عن سهل بن سعد في قصة اللعان أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً ؟ إلى أن قال : فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد . ومنها ما أخرجه الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس - رضي الله عنه - قال : بينا رسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه ، فقال : يا رسول الله أقم علي الحد، الحديث وفيه : « **فاجلدوه مائة جلدة ولم يكن تزوج**»[1] .

م: (**وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات**) ش: هذا حديث غريب . وفي «صحيح البخاري» في باب من قضى ولاعن في المسجد ، ولاعن عمر - رضي الله تعالى عنه - في المسجد عند منبر النبي ﷺ . وقضى شريح والشعبي ويحيى بن معمر - رضي الله عنهم - في المسجد .

م: (**ولأن القضاء عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده**) ش: هذا جواب عن دليل الشافعي - رحمه الله - وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده الباطن، فإنه ثبت أن النبي ﷺ كان ينزل للوفود في المسجد م: (**لا في ظاهره**) ش: أي لا نجاسة في ظاهره م: (**فلا يمنع من دخوله**) ش: إذ لا يصيب الأرض منه شيء م: (**والحائض تخبر بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث**) ش: أي القاضي م: (**من يفصل بينها**) ش: أي بين الحائض م: (**وبين خصمها ، كما إذا كانت الخصومة في الدابة**) ش: فإن قيل : يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد ، فتخبر عن حالها ، قلنا الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة ، فلا بأس بدخولها .

م: (**ولو جلس**) ش: أي القاضي م: (**في داره لا بأس به**) ش: ذكر هذا تفريعًا على ما تقدم .

وقال شمس الأئمة السرخسي : وإن اختار أن يجلس في داره ، فله ذلك بشرط أن لا يمنع أحدًا من الدخول عليه ؛ لأن لكل أحد حقًا في مجلسه م: (**ويأذن للناس بالدخول فيها**) ش: أي في

---

(١) حسن : قال الهيثمي (٦/ ٢٦٧): رواه أبو يعلى والطبراني وفيه القاسم بن فياض وثقه أبو داود وضعفه ابن معين وبقية رجاله ثقات .

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك ؛ لأن في جلوسه وحده تهمة . قال : ولا يقبل هدية

داره م: (ويجلس معه من كان يجلس) ش: معه م: (قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة) ش: أي تهمة الظلم والرشوة .

وقد روي أن عثمان - رضي الله عنه - ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة - رضي الله عنهم - ، ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ، ويشاورهم ، لما روي أن الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - [الذين] كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف ، ومعاذ ابن جبل ، وأبي بن كعب ، وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم - ، وأبو بكر - رضي الله عنه - ، يحضر عمر وعثمان وعلي أيضًا - رضي الله عنهم - حق ، قال أحمد : يحضر مجلس الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (ولا يقبل) ش: أي القاضي م: (هدية) ش: الأصل في هذا الباب ما قاله في« المبسوط» : الهدية في الشرع منه وبه، قال ﷺ : « نعم الشيء الهدية [....] » وقال عليه السلام : « الهدية تذهب وحر الصدر » [1] أي غشه ، والوعد يوقظ له البغض في الصدر . وقال عليه السلام : « تهادوا تحابوا »[2] ولكن بهذا في حق من لم يتعين العمل من أعمال المسلمين ، فأما من تعين لذلك كالقاضي والوالي ، فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصًا ممن كان لا يهدي قبل ذلك ، إذ هو نوع من الرشوة والسحت . وعن مسروق قال : القاضي إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت ، وإذا أخذت الرشوة ، فقد بلغت به الكفر

وروى البخاري - رحمه الله - بإسناده عن أبي حميد الساعدي قال : استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن الأسد على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم، وهذا أهدي لي ، قال عليه السلام : « فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه ، فينظر أيهدى له أم لا ؟! » واستعمل عمر - رضي الله عنه - أبا هريرة - رضي الله عنه - فقدم بمال ، فقال: من أين لك هذا ؟ ، قال : تناتجت الخيول ، وتلاحقت الهدايا ، فقال: أي عدو الله هل قعدت في بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا؟ فأخذ ذلك منه ، وجعله في بيت المال، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة ، فلا يقبل الحاكم الهدية .

---

(١) ضعيف : رواه أحمد (٢/ ٤٠٥) ، والترمذي (٢١٣٠) من طريق أبي معشر نجيح السندي عن سعيد عن أبي هريرة . . . مرفوعًا، وأبو معشر ضعيف .

(٢) ضعيف : راجع «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٦) ، و«نصب الراية» (٤/ ١٢٠-١٢١) ، و«إرواء الغليل »(٦/ ٤٤) ، و«تلخيص الحبير » للحافظ ابن حجر (٣/ ٦٩) ، و«تنزيه الشريعة »(١/ ٣٨٠) و«الفوائد المجموعة» للشوكاني (٨٤) .

إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته؛ لأن الأول صلة الرحم ،والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك يصير آكلاً بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته ، وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة ؛لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ، ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة ؛ لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ، ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما . وعن محمد - رحمه الله -: أنه يجيبه

م: (**إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادته قبل القضاء**) ش: أي قبل أن يصير المهدى إليه قاضيًا م: (**بمهاداته ؛ لأن الأول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك**) ش: أي فيما وراء الأول والثاني م: (**يصير آكلاً بقضائه**) ش: والأكل للقضاء حرام وسحت م: (**حتى لو كانت للقريب خصومة ، لا يقبل هديته**) ش: .

م: (**وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد ، أو كانت له خصومة ، لأنه لأجل القضاء فيتحاماه**) ش: أي يحترز عنه ولا يأخذه ، ثم إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه ، اختلف المشايخ - رحمهم الله - فيه ، قيل يضعها في بيت المال كما مر من قضية عمر- رضي الله عنه - وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه . وعامة المشايخ- رحمهم الله - قالوا : يردها على أربابها إن عرف المهدي، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه آخر أشار إليه محمد - رحمه الله - في« السير الكبير» ، وإن لم يعرف المهدي أو كان بعيدًا حتى تعذر الرد عليها ، حكمها حكم اللقطة ، يضعها في بيت المال لأنه أخذها لعمله ، وفي عمله نائب عن المسلمين ، فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين .

م: (**ولا يحضر**) ش: أي القاضي م: (**دعوة إلا أن تكون عامة**) ش: وقال الطحاوي - رحمه الله - في «مختصره»: ولا تجب الدعوة الخاصة للقرابة ، ويجيء هذه الآن م: (**لأن الخاصة**) ش: أي الدعوة الخاصة تكون م: (**لأجل القضاء ، فيتهم بالإجابة بخلاف العامة**) ش: أي الدعوة العامة ، فإنها لا تكون للقضاء .

قال القدوري- رحمه الله - وأبو علي النسفي - رحمه الله - : دعوة العامة عرس وختان، وما سوى ذلك خاصة ، وقيل في الحد الفاصل إذا جاوز العشرة فهي عامة ، ويجيء الآن ما قاله المصنف - رحمه الله - م: (**ويدخل في هذا الجواب**) ش: أي إطلاق قول القدوري - رحمه الله - ولا يحضر دعوة الخاصة م: (**قريبه**) ش: أي قريب القاضي م: (**وهو قولهما**) ش: أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله .

م: (**وعن محمد - رحمه الله -: أنه يجيبه**) ش: أي القاضي يجيب قريبه في الدعوة الخاصة . وذكر الخصاف - رحمه الله - يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف ، لأن إجابة دعوته صلة

وإن كانت خاصة كالهدية . والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها. قال: ويشهد الجنازة ، ويعود المريض ؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين . قال عليه الصلاة والسلام : «للمسلم على المسلم ستة حقوق» ، وعد منها هذين ، ولا يضيف أحد الخصمين دون

للرحم ، وعند الشافعي - رحمه الله - : يحضر الولائم لغير الخصم، وبه قال أحمد - رحمه الله - وقال مالك - رحمه الله - : لا يحضر الخاصة ويحضر العامة إن شاء . وتركها أفضل ، إن كانت وليمة النكاح ، ولغير النكاح كره ذكره في «الجواهر» وفي «الحلية» : اختلف أصحابنا - رحمهم الله - فيمن ولي أمراً من أمور المسلمين ، كالقضاة والأئمة ، في حضور الولائم على ثلاثة أوجه : أحدها : أنه كغيرهم ، والثاني : أنه سقط فرض الإجابة ، والثالث : أنه إن كان مرتزقًا لم يحضر وألا يحضر م: (**وإن كانت خاصة**) ش: وأصل بما قبله أي وإن كانت الدعوة خاصة يجيبه لقريبه م: (**كالهدية**) ش: أي كما في الهدية ، حيث يجوز له أخذها من قريبه . ثم أشار إلى تعريف الدعوة الخاصة بقوله : م: (**والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها**) ش: إيضاح ذلك ، أن صاحب الدعوة ، إن كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر، لا يمتنع من اتخاذ الدعوة ، فإن القاضي لا يجيب هذه الدعوة ، فهذه دعوة عامة . وإن كان بحال لو علم صاحب الدعوة أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي ، يمتنع ولا يتخذ الدعوة، فهذه دعوة خاصة ، فلا يجيبها القاضي ، لأنها اتخذت له . فإذا حضرها كان آكلاً بقضائه . وذكر صدر الإسلام وأبو اليسر - رحمهما الله - : إذا كانت الدعوة عامة ، والمضيف خصم ، فينبغي أن لا يجيب القاضي دعوة ، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الآخر وإلى التهمة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في« مختصره» : م: (**ويشهد**) ش: أي القاضي م: (**الجنازة ، ويعود المريض؛ لأن ذلك**) ش: أي المذكور من شهود الجنازة وعيادة المريض م: (**من حقوق المسلمين**) ش: لأنه أمر مندوب إليه ، وليس فيه تهمة أيضًا .

م: (**قال عليه الصلاة و السلام**) ش: أي قال النبي ﷺ : م: (« **للمسلم على المسلم ستة حقوق**») ش: الحديث رواه مسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « **حق المسلم على المسلم ست ، قال : يا رسول الله ﷺ ما هن ؟ قال : إذا لقيته فسلم ، وإذا دعاك فأجب ، وإذا استنصحك فانصح له ، وإذا عطس فحمد الله فشمته ، وإذا مرض فعده وإذا مات فاتبعه** » وفي رواية أخرى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ : « **خمس يجب للمسلم على أخيه رد السلام وتشميت العاطس ، وإجابة الدعوة ، وعيادة المريض واتباع الجنائز** » م: (**وعد منها**) ش: أي من الست م: (**هذين**) ش: وهما شهادة الجنازة وعيادة المريض . م: (**ولا يضيف أحد الخصمين دون**

خصمه ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ،ولأن فيه تهمة . قال : وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام :« إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر » ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة ، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه . ولا يضحك

خصمه ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) ش: الحديث رواه الطبراني - رحمه الله - في معجمه« الأوسط» عن علي - رضي الله عنه - قال : « نهى النبي ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر» م: **(ولأن فيه تهمة)** ش: أي تهمة الميل .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(وإذا حضرا)** ش: أي الخصمان م: **(سوى بينهما في الجلوس والإقبال)** ش: أراد بالإقبال تسوية النظر من الجانبين . وكتب عمر - رضي الله عنه- إلى أبي موسى - رضي الله عنه - : وسوا بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك ، والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ، ولا يجلس أحدهما على يساره والآخر على يمينه ، لأن لليمين فضلاً على اليسار .

وفي «المغني» و«النوازل »و«الفتوى الكبرى » : تخاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ، ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد هو على الأرض ، ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلاً أحدهما ، وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضيًا على السلطان الذي قلده والدليل عليه قصة علي عند شريح - رضي الله عنه - فإن شريحًا - رضي الله عنه - قام عن مجلسه وأجلس عليًا - رضي الله عنه - في مجلسه، وقال المرغيناني - رحمه الله - : وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيمًا للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي العالم تعظيمًا للعلم ، ويقف أعوان القاضي بين يديه ، ليكون أهيب في أعين الناظرين .

م: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ : **« إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر »** الحديث رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده» - رحمه الله-عن أم سلمة -رضي الله عنها -قال رسول الله ﷺ : **« من ابتلي بالقضاء بين المسلمين ، فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر »** .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(ولا يسار أحدهما)** ش: يعني لا يتكلم مع أحدهما سرًا م: **(ولا يشير إليه)** ش: لا بالرأس ولا بالعين ولا بالحاجب، وكل ذلك منهي شرعًا م: **(ولا يلقنه حجة للتهمة)** ش: أي تهمة الميل ، ولأن فيه إعانة لأحد الخصمين ، وكسر قلب الآخر ، وهو معنى قوله م: **(ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر)** ش: المكسرة بفتح الميم مصدر ميمي بمعنى الكسر م: **(فيترك حقه)** ش: لأنه يتجنب عن طلب حقه فيترك حقه م: **(ولا يضحك)** ش: أي القاضي

في وجه أحدهما لأنه يجترئَ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحداً منهما ، لأنه يذهب بمهابة القضاء . قال : ويكره تلقين الشاهد . ومعناه أن يقول له: أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم.واستحسنه أبو يوسف -رحمه الله- في غير موضع التهمة ؛ لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الأشخاص والتكفيل.

م: (**في وجه أحدهما**) ش: أي أحد الخصمين م: (**لأنه يجترئ على خصمه**) ش: بسبب ضحك القاضي في وجهه م: (**ولا يمازحهم**) ش: في الاختصام م: (**ولا واحداً منهما**) ش: أي ولا يمازح واحداً من الأخصام م: (**لأنه**) ش: لأن مزح القاضي م: (**يذهب بمهابة القضاء**) ش: ولهذا قالوا: ينبغي أن يكون القاضي عبوسًا ، متواضعًا في أفعاله ، وفي «الجواهر» : يستحب أن يكون فيه عبوسة من غير غضب .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**ويكره تلقين الشاهد ومعناه**) ش: أي معنى ما قاله محمد - رحمه الله -من كراهته تلقين الشاهد م: (**أن يقول له:**) ش: أي أن يقول القاضي للشاهد : م: (**أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم**) ش: حيث يكره م: (**واستحسنه**) ش: أي تقليد الشاهد م: (**أبو يوسف في غير موضع التهمة ؛ لأن الشاهد قد يحصر**) ش: أي ينحبس لسانه عن البيان م: (**لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق**) ش: وقيد بقوله في غير موضع التهمة ، لأن في موضع التهمة لا يجوز ذلك ، مثل أن يدعي المدعي ألفًا وخمسمائة ، والمدعى عليه ينكر خمسمائة ، وشهد الشاهد بالألف ، فالقاضي إن قال يحتمل أنه إبراء لخمسمائة، واستفاد الشاهد ، علمًا بذلك ، ووقف في شهادته كما في وقف القاضي، فهذا لا يجوز بالاتفاق ، وتأخير قول أبي يوسف - رحمه الله - يشير إلى اختيار المصنف - رحمه الله -م: (**بمنزلة الأشخاص**) ش: وهو إرسال شخص فليحضر خصمه ويقال شخص من بلد إلى بلد شخوصًا ، أي يذهب من حد منع وأشخصه غيره م: (**والتكفيل**) ش: وهو أخذ الكفيل لأحد الخصمين لأنه لم يكن ذلك من جنس إعانة أحد الخصمين .

***

فصل في الحبس

قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ، وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها ،

م: (**فصل في الحبس**)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الحبس ، ولما كان الحبس من أنواع حكم القاضي، ذكره في فصل على حدة ، وهو مشروع بالكتاب ، وهو قوله تعالى : ﴿ **أو ينفوا من الأرض** ﴾ (**المائدة : الآية ٣٣**) ، فإن المراد به المجلس ، وبالسنة وهو ما روي : « أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» ، غير أنه لم يكن في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنهم - سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ، ولما كان زمن علي - رضي الله عنه - أحدث السجن بناه من قصب وسماه فقيه اللصوص ، فبنى سجنًا من مدر فسماه محبسًا .

ثم قال الأترازي : كيسًا مكيسًا بنيت بعد نافع محبسًا بابًا حصينًا ، وأمينًا كيسًا . رواه الزمخشري - رحمه الله - في «الفائق » . والمحبس موضع التجنيس ، وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الأمور ، والمكيس منسوب إلى الكيس المعروف به قوله ، وأمينًا أي ونصف أمينها بعين السجان كذا في« الفائق » .

وقال الكاكي - رحمه الله - : وفي زمن النبي ﷺ وأبي بكر - رضي الله عنه - لم يكن سجن حتى اشترى عمر - رضي الله عنه - دارًا بالمدينة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسًا .

م: (**قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ، وأمره بدفع ما عليه ؛ لأن الحبس جزاء المماطلة ، فلا بد من ظهورها**) ش: أي ظهور المماطلة لقوله عليه السلام : « **مطل الغني ظلم** » فاستحق الحبس ، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدراهم وما دونه ؛ لأن مانع ذلك ظلم ، فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان ، والفطر والأضحى والجمعة ، وصلاة مكتوبة ، وحجة فريضة ، وحضور جنازة بعض أهله ، وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله ، بخلاف ما إذا لم يكن ؛ لأنه لزم القيام حينئذ بحق الوالدين .

وقيل : يخرج بكفيله لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا ، وعليه الفتوى . وإن مرض وله خادم لا يخرج ، وإلا يخرج لأنه ربما يموت بسببه ، وهو ليس بمستحق عليه، ولو احتاج إلى الجماع ، دخلت عليه زوجته وجاريته ، فيطأهما حيث لا يطلع عليه أحد، وقيل : الوطء ليس من أصول الحوائج ، فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام . ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ، يشاورهم في قضاء الدين ، ويمنعون من طول المكث عنده .

وهذا إذا ثبت الحق بإقراره ؛لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال ، فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره . قال : فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة

م: (وهذا) ش: أي ترك القاضي عجلته بحبس الغريم م: (**إذا ثبت الحق بإقراره ؛لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة**) ش: يقال : لقيته أول وهلة ، أي أول شيء م: (**فلعله طمع في الإمهال ، فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره**) ش: وقال قاضي خان - رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : وعلى قول الخصاف- رحمه الله - في البينة أيضًا ، لا يحبسه في أول الوهلة .

وقال في «الأجناس» : قال في كفالة الأصل : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : ينبغي للإمام أن يحبس في الديون قرضًا كان أو غصبًا أو ثمن مبيع أو مهر ، لكن لا يحبسه في أول ما يقدم إليه ، ويقال له : قم فأرضه فإن عاد إليه حبسه ، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله .

وقال الخصاف - رحمه الله - : الصواب عندي أن لا يحبسه حتى يقول له : ألك مال ، ويستحلفه على ذلك ، فإن أقر أن له مالاً حبسه ، وإن قال : لا مال لي ، قال للطالب : أثبت أن له مالاً حتى أحبسه ، وهو مذهب بعض القضاة . ثم اعلم إذا ثبت إعسار المديون لا يجوز حبسه بلا خلاف ولا بلازمته ، بل يمهل إلا أن يوسر . قال عز وجل: ﴿ **فنظرة إلى ميسرة** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٠) ، وعندنا لا يحبس ، ولكن للغريم ملازمته ولا يمنعه من الكسب ، وهل يلزمه الكسب وإجارة نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى رب الدين عندنا والشافعي -رحمه الله- : لا ، وعند أحمد-رحمه الله- : يلزمه ، وقال مالك - رحمه الله - : إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه به ، وقال الشافعي - رحمه الله - في وجه : وعليه عمل القضاة لظهور المماطلة ، وفي وجه : يبيع ماله الظاهر ، وبه قال مالك -رحمه الله- ، وأبي يوسف ، ومحمد -رحمهما الله- أما لو امتنع من أداء الدين يحبس بلا خلاف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن امتنع**) ش: أي الغريم م: (**حبسه في كل دين لزمه عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة**) ش: ولكنه إنما يحبسه إذا طلب المدعي ذلك .

وقال قاضي خان -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : ولا يحبسه عندنا في الإقرار والبينة إلا عند طلب المدعي .

وقال شريح -رحمه الله - : يحبسه من غير طلبه .

لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه ،

وفي« الذخيرة »: لو قال المديون بعد ثبوت الدين : أنا معسر ، أو قال المدعي: موسر ، ولا بينة له ، فالقول للمديون مع يمينه ، وهو رواية أصحابنا واختيار الخصاف -رحمه الله- وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، لأن الأصل الفقر .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- : إن كان في كل دين أصله مال، كثمن المبيع والقرض ، فالقول للمدعي ، وبه قال الشافعي - رحمه الله- في وجه وفي كل دين لا يقابله مال، كالمهر وبدل الخلع ، وما أشبه ذلك ، فالقول للمديون ، إليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب النكاح ، وفي مسألة ادعاء المرأة نفقة الموسرين، وزعم الزوج أنه معسر ، فقال : القول للزوج ، وقال بعضهم : كل دين لزمه بسبب معاقدته واختياره ، فالقول لرب الدين ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه لأن اختيار لزومه بالعقد دليل اليسار .

م: (**لأنه**) ش: استدلال لما ذكره القدوري -رحمه الله- ، لقوله : حبسه لكل دين. . . إلخ أي لأن الغريم م: (**إذا حصل المال**) ش: أي المال الذي هو ثمن المبيع ونحوه من أي جهة كان م: (**في يده ثبت غناه به**) ش: وزواله عن الملك محتمل ، والثابت لا يترك بالمحتمل . والأصل في ذلك أن الأصل في الإنسان الفقر والغنى حادث ، فوجب استصحاب المال حتى يعلم حدوث ما يخالفه ، وما كان بدلاً عن مال ، فقد علم حصول الغنى به ، فسقط حكم الأصل . ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله، فلهذا لم يصدق في الاعتبار ، وصار امتناعه ظلمًا، فحبس لأجله .

م: (**وإقدامه على التزامه**) ش: بعقد كالمهر والكفالة م: (**باختياره دليل يساره إذ هو**) ش: أي لأنه م: (**لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه**) ش: فإذا ادعى الإعسار يريد إسقاطها عن نفسه ، فلا يقبل قوله ويحبس ، وهو الذي ذكره القدوري - رحمه الله - ، وشرحه المصنف -رحمه الله - ،[و] هو رواية ابن سماعة -رحمه الله - : أنه يحبس في ذلك ولا يقبل قوله في الإعسار .

وذكر الخصاف - رحمه الله - عن أصحابنا : أنه يحبس فيما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يده خاصة ، ولا يحبس فيما سوى ذلك ، لأن الحبس عقوبة تستحق بالامتناع مع الغنى ، فلا يجوز إثباتها بالظاهر ، كسائر العقوبات .

وحاصل المذهب عندنا : أن القاضي لا يسأل المدعي المال إلا إذا ادعى المديون الإعسار ، فحينئذ يسأل . فإن قال المدعي أنه معسر ، خلى سبيله ، وإن قال: أنه موسر ، وقال المديون: إني

والمراد بالمهر معجله دون مؤجله . قال :ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه ، لأنه لم توجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه ألدين ،وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ،

معسر ، ففيه اختلاف المشايخ ، ورأي الخصاف - رحمه الله- : أن القول قول المديون لأنه متمسك بالأصل . وقيل إن كان الدين وجب عليه بدلاً عن مال ، كثمن متاع ، أو بدل . قرض ، فالقول قول المدعي ، وإن كان بدلاً عما ليس بمال ، كالمهر ونحوه ، فالقول قول المدعى عليه . ونسب الخصَّاف - رحمه الله- هذا القول في «أدب القاضي» إلى أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله .

ومن العلماء من قال: يحكم في الزاي ، إن تزيا بزي الفقر ، كان القول قول المديون ، وإن تزيا بزي الأغنياء ، كان القول قول الطالب ، لأن ذلك علامة ودليل إلا في حق العلوية والفقهاء ، فإنهم يتكلفون في لباسهم ، حتى لا يذهب ماء وجههم مع حاجتهم ، فلا يكون الزي دليلاً وعلمًا على اليسار في حقهم ، فإن كان المطلوب ادعى الفقراء ، وادعى الطالب أنه غير زيه ، وقد كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القاضي فإن القاضي يسأل البينة ، فإن أقام البينة على أنه كان عليه زي الأغنياء قبل ذلك ، سمع منه البينة ، ويجعل القول قوله ، وإن لم يمكنه إقامة البينة ، يحكم بزيه في الحال، ويجعل القول قول المطلوب ، كذا في «شرح آداب القاضي » .

م: (**والمراد بالمهر معجله دون مؤجله**) ش: لأن العادة جارية بتسليم المعجل ، فكان الإقدام على النكاح دليلاً على القدرة ، والوفاء بالمعجل ، فلا يقبل قوله أنه معسر . قال فخر الإسلام البزدوي - رحمه الله - : هذا في المعجل ، أما إذا طلبت المرأة المؤجل بعدما بنى بها ، فإن القول قول الزوج أنه عسر ؛ لأنه لا دلالة ها هنا على القدرة منه على آدابه ؛ فأما في النفقة ، فإن القول قول الزوج أنه معسر في تقدير النفقة م: (**قال: ولا يحسبه فيما سوى ذلك**) ش: أي فيما سوى المذكور كضمان المتلف والغصب وأرش الجناية . م: (**إذا قال إني فقير، إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه ؛ لأنه لم توجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة**) ش: أي في ثمن المبيع والمهر وغير ذلك .

وفي «الذخيرة» : إذا أقام المدعي بينة على يساره ، وأقام المديون بينة على إعساره، فبينة رب الدين أولى ، لأن شهود المديون شهدوا بشيء لم يعرفوه .

ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال . وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر ، وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق .والمسألتان تؤيدان القولين الآخيرين ، والتخريج على ما قاله في الكتاب إنه ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق، وكذا عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق ، ثم فيما كان القول قول المدعي ، إن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه ، يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ،

م: (ويروى) ش: عن الخصاف - رحمه الله - أنه نسبه إلى أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وقد مر بيانه م: (**أن القول له**) ش: أي لمن عليه الدين م: (**إلا فيما بدله مال**) ش: يعني القول فيما بدله مال للمدعي م: (**وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر**) ش: يعني إذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر ، وادعت نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، وعليه نفقة المعسرين ، فالقول قول الزوج .

م: (**وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق**) ش: يعني إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد .

وزعم أنه معسر ، كان القول قوله م: (**والمسألتان**) ش: وهما مسألة النفقة ومسألة إعتاق العبد المشترك م: (**تؤيدان القولين الآخيرين**) ش: وبعض النسخ الأخير ، وأراد بالقولين الأخيرين قوله ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال .

م: (**والتخريج**) ش: أي تخريج مسألة الإنفاق والإعتاق م: (**على ما قاله في الكتاب**) ش: أي على ما قال القدوري - رحمه الله - في «مختصره»، حيث القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد مع وجود الالتزام ، لم يكن القول للمدعي في المسألتين ، فأجاب عنه وقال م: (**إنه**) ش: أي أن النفقة على تأويل الإنفاق م: (**ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق**) ش: فلو كان دينًا مطلقًا لم يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء م: (**وكذا**) ش: أي ولكذا ليس بدين مطلق م: (**عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق**) ش: فإن المريض إذا أعتق في مرض موته عبداً مشتركًا ، لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلما كان كذلك ، لم ترد هاتان المسألتان بقضاء القول الأول ، وهو قوله حبسه في كل دين . . . إلى آخره ، لأن المراد بالدين هو المطلق منه ، إذ به يحصل الاستدلال على القدرة .

م: (**ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه**) ش: أي الحاكم م: (**شهرين أو ثلاثة ثم يسأل**) ش: جيرانه وأهل الخبرة م: (**عنه**) ش: عن يساره وإعساره ، وهذا التقدير رواية محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله- في

فالحبس لظهور ظلمه في الحال ، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر ، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه. قال: فإن لم يظهر له مال خلى سبيله ، يعني بعد مضي المدة ،

كتاب الحوالة ، والكفالة ، وروى الحسن - رحمه الله - عن أبي حنيفة رحمه الله - : أن التقدير فيه بأربعة أشهر ، على قياس مدة الإيلاء . وذكر الطحاوي- رحمه الله - : أن التقدير فيه بشهر .

وقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «أدب القاضي» : ثم قال : والحاصل أنه ليس فيه مضي وقت مقدر ، بل الأمر مفوض إلى رأي القاضي ، فإن مضى أربعة أشهر ، ووقع له أنه متعنت ، يستديم حبسه ، وإن كان دون ذلك ، بأن كان شهرين أو شهرًا أو دونه ووقع أنه عاجز لا مال له ، أطلقه من السجن .

وقال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : ما قال الطحاوي - رحمه الله - أوفق الأقاويل ، وقال الناصحي - رحمه الله - في «تهذيب أدب القاضي» : قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله -: يحبسه شهرين أو ثلاثة ، وعلى رواية محمد - رحمه الله - قر وفيه أربعة أشهر ، وعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ستة أشهر ، ثم قال: وهو موقوف على رأي القاضي .

م: (**فالحبس لظهور ظلمه في الحال**) ش: وفي بعض النسخ لظهور مظلمة م: (**وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة**) ش: أراد بهذه ظهور ماله لو كان[يخفيه] م: (**فقدره بما ذكره**) ش: أي قدر محمد -رحمه الله - بما ذكره من الحبس أنه شهران أو ثلاثة م: (**ويروى غير ذلك**) ش: أي غير الشهرين أو الثلاثة م: (**من التقدير بشهر أو أربعة**) ش: أشهر م: (**إلى ستة أشهر**) ش: وقد مر ذلك كله ، وقال المصنف - رحمه الله - م: (**والصحيح أن التقدير**) ش: في مدة الحبس م: (**مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه**) ش: أي من الحبس لأن بعض الناس، يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر آخر في مدة كثيرة. وبه قال الشافعي ، وأحمد ومالك رحمهم الله ، وقال ابن الماجشون المالكي -رحمه الله -لا يحبس في القليل أكثر من نصف الشهر، وفي الكثير يبلغ أربعة أشهر، وفيما بين ذلك الشهرين ونحوهما بالنسبة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن لم يظهر له**) ش: أي الغريم م: (**مال خلى سبيله**) ش: ولا يحول بينه وبين غرمائه ، قال المصنف - رحمه الله - :م: (**يعني بعد مضي المدة لأنه استحق النظرة**) ش: بكسر الظاء م: (**إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا . ولو قامت البينة**

لأنه استحق النظرة إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا ، ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية ، وعلى الثانية عامة المشايخ . قال في الكتاب :خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى. قال وفي «الجامع الصغير» رجل أقر عند القاضي

على إفلاسه قبل المدة) ش: أي المدة التي رآها القاضي برائة ، أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ - رحمهم الله - كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم م: **(تقبل)** ش: أي م: **(البينة في رواية)** ش: وبه قال الشافعي ، وأحمد - رحمهما الله - م: **(ولا تقبل في رواية)** ش: وبه قال مالك - رحمه الله - م: **(وعلى الثانية)** ش: أي الرواية الثانية م: **(عامة المشايخ)** ش: . وقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» : هو الصحيح ، وفي «الذخيرة» : لو أخبره عن إعساره قبل الحبس واحد عدل أو اثنان ، أو شهد بذلك شاهدان ، فعن محمد - رحمه الله - روايتان ، في رواية : لا يحبسه وبه يفتي الفضلي -رحمه الله - وهو قول إسماعيل ابن حماد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - وهكذا قال نصر بن يحيى - رحمه الله - وقال الإسكاف - رحمه الله - وعامة مشايخ ما وراء النهر - رحمهم الله - : يحبسه ولا تقبل هذه البينة ، لأنه بينة على النفي ، إلا إذ تأيدت بمؤيده بعد مضي المدة تأيدت .

وقال شيخ الإسلام - رحمه الله - : سؤال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط ، وليس بواجب ، ولو طلب يمين الطالب عنه لا يعرف أنه معدم ، يحلف ، فإن نكل أطلقه ، وإن حلف أبد الحبس .

وقال أبو القاسم - رحمه الله - : كيفية الشهادة : أن يقول أشهد أنه مفلس ، لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه ، وثياب ليله ، وقد اختبرنا أمره سرًا وعلانية .

م: **(قال في الكتاب)** ش: أي وقول القدوري - رحمه الله - م: **(خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة)** ش: يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك أم لا ؟ م: **(وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى)** ش: أي المنع في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ، ولا يحول بينه وبين غرماء بعد خروجه من الحبس ، يلازمونه . . . إلى آخره والمراد من الملازمة الطواف معه ، أي طاف حتى يأخذ وأفضل كسبه لا المطالبة .

م: **(قال)** ش: أي المصنف - رحمه الله - م: **(وفي «الجامع الصغير» رجل أقر عند القاضي**

بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلى سبيله ، ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته ،والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيده .قال : ويحبس الرجل في نفقة زوجته ، لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد في دين ولده، لأنه

بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلي سبيله) ش: إنما ذكر رواية الجامع الصغير دفعًا لتوهم الناقض بين روايته ورواية القدوري - رحمه الله - وهذا لأنه روى لفظ القدوري في أول الفصل بقوله ، وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه ، لم يعجل بحبسه ، ثم قال : وهذا إذا ثبت الحق بإقراره .

ولفظ « الجامع الصغير » يدل على جواز الحبس متصلاً بالإقرار ، وبينهما وهم التناقض ، فدفع هذا الوهم بقوله م: (**ومراده**) ش: يعني مراد محمد -رحمه الله - م: (**إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته**) ش: . قال الأترازي يعني مراد محمد - رحمه الله - فيما إذا ثبت الحق بالإقرار ، ثم ثبتت المماطلة ، فترافعا إلى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار ، فاندفع ذلك الوهم .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - : معنى المسألة إذا كان جاحدًا ، فأقر عنده ، وظهر القاضي جحوده عند غيره ، ومماطلته ، أو ظهر له مماطلته بعدما أقر عنده ، فحينئذ يحبسه ، فأما إذا أقر مرة فلا يحبسه .

م: (**والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيده**) ش: أي الحبس المذكور أولاً قبل السؤال في «الجامع الصغير» في قوله : يحبسه ، ثم يسأل عنه ، قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوري - رحمه الله - عنده يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ، وبينا مدة الحبس أيضًا مع الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة إلى الإعادة ،وقال تاج الشريعة -رحمه الله - : وروي والحبس ومدته بالنصب فيهما .

قلت : إعراب الرفع أن قوله و«الحبس» مبتدأ أولاً نصب على الظرف ، ومدته عطف على المبتدأ ، وقوله : وقد بيناه ، خبر المبتدأ .

وأما وجه النصب ، فعلى تقدير بينا الحبس ، ومدته بالنصب أيضًا عطفًا عليه ، وقوله : قد بيناه مفسر لذلك المقدر .

م: (**قال : ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع**) ش: وفي أكثر النسخ . قال، أي القدوري - رحمه الله - : ويحبس الرجل إلى آخره ، لأنه ظالم فيحبس وإن كان مقدار النفقة يسيرًا ، بأن كان درهمًا أو دنقًا م: (**ولا يحبس الوالد في دين ولده لأنه**) ش: أي لأن الحبس م: (نوع

نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه ، لأ فيه إحياء لولده ، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان ، والله أعلم بالصواب.

عقوبة فلا يستحق الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص) ش: فإن الوالد لا يؤاخذ بهما لأجل ولده م: (**إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه**) ش: أي على ولده ، لأن فيه إهلاكه، وفي الإنفاق عليه إحياء ه، وهو معنى قوله م: (**لأن فيه**) ش: أي في الإنفاق عليه م: (**إحياء لولده ، ولأنه**) ش: أي ولأن الإنفاق م: (**لا يتدارك لسقوطها**) ش: أي لسقوط نفقة الولد م: (**بمضي الزمان ، والله أعلم بالصواب**) ش: أي الزمان، بخلاف الدين حيث لا يسقط بمضي الزمان ، فافترقا في هذا الحاكم ، فيفترقان في حق الحبس .

***

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال : ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده ، للحاجة على ما نبين فإن شهدوا على خصم حاضر ،

م: **(باب كتاب القاضي إلى القاضي)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم كتاب القاضي إلى القاضي ، أورد هذا الباب بعد فصل الحبس ، لأن هذا من عمل القضاة أيضًا ، إلا أن السجن يتم بقاض واحد ، وهذا باثنين ، والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جواز العمل به ، لما فيه من شبهة التزوير ، إذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم ، إلا أنه جوز لحاجة الناس إليه ، لحديث علي رضي الله عنه أنه جوزه لحاجة الناس إلى ذلك وعليه أجمع الفقهاء .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق**) ش: التي تثبت مع الشبهات دون ما يندرئ بها م: (**إذا شهد به عنده**) ش: أي إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه ، وشهد على صيغة المجهول م: (**للحاجة**) ش: أي لحاجة الناس إليه م: (**على ما نبين**) ش: إشارة إلى قوله بعد هذا لمساس الحاجة . . . إلى آخره .

وفي «الأجناس» لا يكتب القاضي إلى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبد والدابة ، والثوب ، ويكتب في العقار ، ويسمع شهادة المشهور على ذلك إذا بين حدودها الأربع . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لو كتبت في العبد ، لكتب في الناقة والحمار وفي هذين لا أكتب ، فكذلك في العبد ولا جعل الآبق .

قال أبو يوسف - رحمه الله - الكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - في «أدب القاضي » : أصله رواية بشر بن الوليد في الجارية . إلى هنا لفظ « الأجناس» .

وقال في «شرح الطحاوي »وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - : يقبل في جميع ذلك ، أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المنقول وغيره ، ثم قال فيه : والفتوى على هذا لتعامل الناس .

م: (**فإن شهدوا على خصم حاضر**) ش: المراد من الخصم هنا ، الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلاً لأجل إثبات الحق عليه ، والمسخر هو الشخص الذي ينصبه القاضي من جهة

حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً ، وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها ، وهذا هو الكتاب الحكمي، وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله وجوازه لمساس الحاجة ؛ لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ، فأشبه الشهادة على الشهادة ،

الخصم ، لإثبات الحق ، ولو لم يكن خصم أصلاً لا المدعى عليه ولا نائبه وقد حكم القاضي بالشهادة ، كان قضاء على الغائب ، وهو لا يجوز عندنا .

وعند الأئمة الثلاثة - رحمهم الله -: يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج إلى خصم م: (**حكم بالشهادة لوجود الحجة ، وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً**) ش: إذ السجل لا يكون إلا بعد الحكم م: (**وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم ؛لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة**) ش: أي كتب القاضي بما يسمعه من الشهادة إلى القاضي م: (**ليحكم المكتوب إليه**) ش: أي القاضي المكتوب إليه م: (**بها**) ش: أي بهذه الشهادة ، لكن إذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب ، وهو بمنزلة نقل الشهادة .

م: (**وهذا هو الكتاب الحكمي**) ش: أي وهذا الكتاب إلى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه م: (**وهو نقل الشهادة في الحقيقة**) ش: ألا ترى أن للقاضي الأول أن يبطله قبل أن يبعث به إلى الثاني ، وكذا للثاني أن لا ينفذ بكتابه ، إلا أن يكون ذلك برأيه كذا في « المبسوط » م: (**ويختص**) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي م: (**بشرائط نذكرها إن شاء الله**) ش: في هذا الباب ، ومن الشرائط المعلومة خمسة .

ذكرها في« الذخيرة » : وهو أن يكون القاضي الكاتب معلومًا ، والقاضي المكتوب إليه معلومًا ، والمدعى به معلومًا ، والمدعى عليه معلومًا ، والمدعى به المعلوم ثم إعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده أو قبيلته ، لأن إعلام الإنسان إذا كان غائبًا بهذه الأشياء ، ولو لم يذكر اسم أبيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق ، وبذكر أبيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند أبي حنيفة - رحمه الله - إن كان مشهوراً .

م: (**وجوازه**) ش: أي جواز نقل كتاب القاضي إلى القاضي، وهذا هو الموعود بقوله على ما نبين م: (**لمساس الحاجة**) ش: أي لشدة حاجة الناس إليه م: (**لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة**) ش: تقرير هذا أن جوازه ثابت لمشابهة الشهادة على الشهادة لاتحاد المناط ، وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم ، فكما تجوز الشهادة على الشهادة

وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة ؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ، ويقبل في العقار أيضًا لأن التعريف فيه بالتحديد ، ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يقبل في العبد دون الأمة ؛ لغلبة الإباق فيه دونها .

لإحياء حقوق الناس ، فكذلك جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالشاهد القياس لما ذكرنا أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول القدوري - رحمه الله - : م: (**في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح**) ش: بأن ادعى رجلاً نكاحًا على امرأة ، أو بالعكس ، وكذلك الطلاق ، إذا ادعت امرأة على زوجها م: (**والنسب**) ش: بأن ادعى نسبًا من الميت م: (**والمغصوب**) ش: بأن ادعى غصبًا على رجل م: (**والأمانة المجحودة**) ش: الوديعة التي جحدها المودع م: (**والمضاربة المجحودة**) ش: التي جحدها المضارب ، وإنما قيد بالجحد فيهما ، لأن المودع والمضارب لو كانا مقرين ، فلا حاجة إلى كتاب القاضي . م: (**لأن ذلك كله**) ش: أي لأن المذكور من هذه الأشياء كله م: (**بمنزلة الدين**) ش: والدين يجوز فيه الكتاب ، فكذا يجوز فيما كان بمنزلته .

م: (**وهو**) ش: أي الدين م: (**يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة**) ش: **فإن قيل** : لا نسلم عدم الاحتياج في الإشارة فيما سوى الدين ، فإن الشاهد يحتاج أن يشير إلى الرجل والمرأة عند دعوى النكاح من الجانبين ، وكذلك في الأمانة والمغصوب .

قلنا : لا بل النكاح ونظائره المذكورة ، لا يحتاج إلى الإشارة ، لأن دعوى المدعي يضمن النكاح لا نفس المرأة ، وكذلك نظائره ، لأنها من الأفعال ، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة والمدعى هو العقد م: (**ويقبل في العقار أيضًا**) ش: أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في دعوى العقار أيضًا م: (**لأن التعريف فيه**) ش: أي في العقار م: (**بالتحديد**) ش: أي ببيان حدوده الأربعة .

م: (**ولا يقبل**) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي م: (**في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة**) ش: عند الدعوى والشهادة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله- في العبيد والجوار ، وهو القياس المنصوص عن الشافعي- رحمه الله - : أنه لا يجوز في المنقول، وهو أصح الروايتين عنه .

م: (**وعن أبي يوسف** - رحمه الله - : **أنه**) ش: أي أن كتاب القاضي إلى القاضي م: (**يقبل في العبد دون الأمة ؛ لغلبة الإباق فيه دونها**) ش: أي في العبد دون الأمة ، لأن العبد يخدم خارج البيت ، فيقدر على الإباق غالبًا فتمس الحاجة إلى الكتاب ، بخلاف الأمة ، فإنها تخدم في البيت

وعنه: أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها.

فلا تقدر على الإباق غالبًا ، فلا تمس الحاجة . كذا في «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد ، قلت : أكثر جوار أهل مصر تخرج إلى الأسواق وغيرها في أكثر الأوقات .

م: (**وعنه**) ش: أي وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواها عنه بشر بن الوليد - رحمه الله-م: (**أنه يقبل**) ش: كتاب القاضي إلى القاضي م: (**فيهما**) ش: أي في العبد والأمة م: (**بشرائط تعرف في موضعها**) ش: وموضعه كتاب الإباق من «المبسوط» ، وأراد بها بيان حلية العبد وصفته، ونسبه الذي أخذه ، والختم في عنقه ، وأخذ الكفيل .

وصفة ذلك: بخارى أبق له عبد إلى سمرقند مثلاً ، فأخذه سمرقندي ، ويجوز المولى ببخارى ، فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عنده بحسب إلى ذلك ، ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ، ويشهد على كتابه شاهدين ، ويعلمهما ما فيه ويرسلهما إلى سمرقند، فإذا انتهى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده بالكتاب وبما فيه ، فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ، ولا يقضي له لأن شهادة شاهدين الملك لم يكن بحضرة العبد ، ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد .

ويجعل في عتق العبد خاتمًا من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ، ويكتب كتابًا إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وعلى ما في الكتاب فإذا وصل إلى قاضي بخاري ويشهد بالكتاب وختمه أمر المدعي بشهادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد ، أنه حقه وملكه ، فإذا شهدوا بذلك ، قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبريء كفيله .

وفي رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد ، لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابًا آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه ، فإذا وصل الكتاب إليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبد، غير أن القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين ، لئلا يطأها قبل القضاء بالملك ، زاعمًا أنها ملكه .

ولكن أبو حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - قالا : هذا استحسان ، فيه بعض قبح ، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهرًا ، ويستعمله ، فيأكل من غلبته قبل القضاء بالملك ، وربما يظهر العبد لغيره ، لأن الحلية والصفة يشتبهان ، فإن المختلفين متفقان في الحلي والصفات

وعن محمد - رحمه الله - :أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله قال، ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم ، فلا بد من الحجة ،

فالأخذ بالقياس أولى .

م: (**وعن محمد - رحمه الله - : أنه**) ش: أي أن كتاب القاضي إلى القاضي م: (**يقبل من جميع ما ينقل ويحول وعليه**) ش: أي وعلى قول محمد والمشايخ المتأخرون-رحمهم الله - وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في قول، وقال الأسبيجابي : وعليه الفتوى .

وفي« الخلاصة» : ولو كتب اسم القاضي ونسبه ، ولم يكتب اسم القاضي والمكتوب إليه ونسبه ولكن كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز ، وأبي يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم ، ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله ، وإن كتب فيه تاريخًا ينظر هل هو كان قاضيًا في ذلك الوقت أم لا ، ولا يكتفي بالشهادة ، إذا لم يكتب مكتوبًا

وكذا كونه كتاب القاضي ، لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ، ولم يكن مكتوبًا ، كذا كونه لم يعمل به إلى هنا لفظ « الخلاصة » .

وفي «شرح الطحاوي» : وكتاب القاضي إلى القاضي ، في حقوق الناس من الطلاق والعتاق وغيرها جائز إلا في الحدود والقصاص ، وفي خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى قاضي رستاق ، ولا يجوز من القاضي الرستاق إلى قاضي مصر .

م: (**وقال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين**) ش: يعني لا يقبل القاضي المكتوب إليه ، كتاب القاضي إليه إلا بحجة تامة ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في سائر الحقوق .

وكان الشعبي - رحمه الله - يقول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة ، قياسًا على كتاب أهل الحرب ويجيء الجواب عنه عن قريب م: (**لأن الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا**) ش: أي اشتراط الحجة م: (**لأنه**) ش: أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي م: (**ملزم ، فلا بد من الحجة**) ش: وهذا عليه عامة الفقهاء .

وعن الحسن البصري والعنبري وأبي ثور والإصطخري ، وأبي يوسف - رحمه الله - في

بخلاف كتاب الاستئمـان من أهل الحرب ؛ لأنه ليس بملزم ، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله إلى الـقاضي ؛ لأن الإلزام بالشهـادة لا بالتزكـية . قـال : ويجب أن يقرأ الكتاب عـليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به ، لأنه لا شهادة بدون العلم ، ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغـيير ، وهذا عند أبي حنيفة ومحـمد - رحمهما الله -؛ لأن علم مـا في الكتاب والختم بحضرتهم شرط .

رواية ومـالك - رحمـه الله - في رواية مـثل قـول الشـعبي - رحـمـه الله - فـإنهم قـالـوا : إذا كـان القاضي المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قبله كما في سائر الاستئمان بقوله : م: (**بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ؛ لأنه ليس بملزم**) ش: فإن الإمام بالخيار إن شاء أعطى الأمان وإن شاء لم يعطه ، فلا يشترط فيه البينة ، وأجاب عن قولهم كما م: (**وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله**) ش: أي ورسول المزكي م: (**إلى القاضي**) ش: حيث يقبل من غير حجة تامة م: (**لأن الإلزام بالشهادة**) ش: إذ القضاء مضاف إلى الشهادة م: (**لا بالتزكية**) ش: أي ليس الإلزام بالتزكية ، وهذا لو قضى بدون التزكية صح قضاءه ، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق .

وقال الأكمل -رحمه الله-: وقبل قوله يشير إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببينة وغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع ، فإنه ينعقد بكتابه وينعقد برسول أو اتحادهما في عدمه لأن القياس يأبى جوازها وفرق بينهما بوجهين :

أحدهما : ورود الأثر في جواز الكتاب ، وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسـول ، فبقي على القياس .

والثاني أن الكتاب كـالخطاب ، والكتاب وجـد من موضع القـضاء ، فكـان الخطاب من موضع القضاء فيكون حجة ، وأما الرسول فقائم مقام الرسل والمرسل في هذا الموضع من يقال ، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويجب أن يقرأ**) ش: القاضي الكتاب م: (**الكتاب عليهم**) ش: أي على الشهود م: (**ليعرفوا فيه**) ش: أي في الكتاب م: (**أو يعلمهم**) ش: أي أو يعلم القاضي الشهود م: (**به**) ش: أي بما في الكتـاب م: (**لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختـمه**) ش: أي الكتاب م: (**بحضرتهم ويسلمه إليهم ؛ كيلا يتوهم التغيير ، وهذا**) ش: أي ما ذكر من الوجهين م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمهم الله - في رواية م: (**لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط**) ش: ارتفاع شرط على الخبر والمبتدأ هو

وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ، ولهذا يدفع إليهم كتابًا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرًا: شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة . واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف - رحمه الله - .

قوله هذا ، وقوله إن علم ما في الكتاب معناه ، لا نعلم ما في الكتاب ، فإن كان عند أحد وجه غير هذا فليبين م: (**وكذا**) ش: أي وكذا بشرط م: (**حفظ ما في الكتاب عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون اشتراط حفظ ما في الكتاب م: (**يدفع إليهم**) ش: أي إلى الشهود م: (**كتابًا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم**) ش: فإن فات شيء من الأمور لا يقبل الكتاب عندهما م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرًا**) ش: أي في قوله الأخير ، إنما قال ذلك لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**شيء من ذلك**) ش: هذا مقول القول ولفظ شيء مبتدأ ، وإن كان نكرة ، لأنه تخصيص بقوله من ذلك إلى شيء كائن من ذلك ، أي علم ما في الكتاب ، وحفظه والختم بحضرتهم وقوله م: (**ليس بشرط**) ش: خبر المبتدأ المذكور م: (**والشرط**) ش: أي عند أبي يوسف - رحمه الله -: م: (**أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الختم ليس بشرط أيضًا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة**) ش: لأن الخبر يحتمل الصدق والكذب ، وليس في المعاينة احتمال م: (**واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف - رحمه الله-**) ش: تيسيرًا على الناس وأجمعوا في الصك أن الإشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب .

قال الكاكي - رحمه الله - : فاحفظ هذا ، فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك يشهدون على ما في الصك غير قراءة الحدود وغير ذلك . كذا في «مختلفات القاضي» وما قالاه احتياط وما قاله أبو يوسف رحمه الله توسع .

ومن الشرائط عندهما ، أن يحفظوا شهادة ما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الأداء كما في جميع الشهادات . كذا في« الذخيرة» .

ومن الشرائط عندهما أن يكون الكتاب معنونًا ، بأن يكتب فيه : هذا كتاب من فلان بن فلان القاضي ببلد كذا إلى فلان بن فلان القاضي ، والشرط العنوان الباطن عندهما ، لا على

قال ، فإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم ، لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب ، لأنه للنقل لا للحكم .

عنوان الظاهر ، حيث لو ترك العنوان الظاهر انتفى المكتوب إليه بالعنوان ، وجاز ذلك ، وعلى العكس لا يجوز .

وصورة الظاهر في زماننا : أن يكتب قبل كتابة التسمية على جانب اليسار من فلان بن فلان إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، ويكتب في جانب اليمين فوق كتابه : بسم الله الملك الحق المبين ونحو ذلك إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم فإن كتب إلى قاضي فلان كذا ، وفي البلد قاضيان لا يصح ، ولو كان قاض واحد يصح ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونواحيها ، ويكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق المبين إلى قاضي بلد كذا فلان بن فلان وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، ثم يكتب البسملة هذا كتابي أطال الله بقاء فلان القاضي إلى آخره ، كما هو الرسم في الكتاب ثم يكتب : أما بعد .

ثم اعلم أنهم اختلفوا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها ، وكثير منهم قالوا : لا يجوز فيما دون مسافة السفر به .

قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في وجه ، وحكى الطحاوي - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - وأصحابه : أنه يجوز فيما دون السفر ، وقال بعض المتأخرين من أصحابنا : هذا مذهب أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله -وبه قال مالك -رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإذا وصل**) ش: أي كتاب القاضي م: (**إلى القاضي لم يقبله**) ش: وفي بعض النسخ لم لم يفتكه من الافتكاك .

والأول أوقف لرواية الكتب في «الجوامع» « وفتاوى قاضي خان» م: (**إلا بحضرة الخصم لأنه**) ش: أي لأن الكتاب م: (**بمنزلة أداء الشهادة ، فلا بد من حضوره**) ش: أي حضور الخصم م: (**بخلاف سماع القاضي الكاتب**) ش: حيث يسمع الشهادة وإن كان الخصم وهو المدعى عليه غائبًا م: (**لأنه**) ش: أي لأن سماعه م: (**للنقل لا للحكم**) ش: فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصول ، وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم فكذا هنا .

قال: فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه ففتحه القاضي وقرأه على الخصم ، وألزمه ما فيه ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله -. وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح ، والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، كذا ذكره الخصاف لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود ،وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ، وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب ،

وقال في «شرح الأقطع» : وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقبله من غير حضور خصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه ، فكان له أن يقبله ، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب ، فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به .

م: (**قال: فإذا سلمه الشهود إليه**) ش: وفي بعض النسخ قال أي القدوري - رحمه الله - : إذا سلم الشهود الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه م: (**نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه ففتحه القاضي**) ش: المكتوب إليه م: (**وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه**) ش: أي في الكتاب م: (**وهذا**) ش: أي المذكور م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله -**): م: (**إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر**) ش: أشار إلى ما قال قبل هذا : وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخراً شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه .

م: (**ولم يشترط**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**في الكتاب**) ش: أي في «مختصره» م: (**ظهور العدالة للفتح**) ش: أي فتح الكتاب لأنه قال : فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه ، وقرأه علينا وختمه : فتحه القاضي ، ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا ، فعلم أنه لم يشترط العدالة وقال المصنف - رحمه الله - م: (**والصحيح أنه يفض الكتاب**) ش: أي يفتحه ويفك ضمته م: (**بعد ثبوت العدالة**) .

م: (**كذا ذكره الخصاف ؛ لأنه ربما يحتاج**) ش: أي المدعي م: (**إلى زيادة الشهود**) ش: إذا لم تظهر العدالة م: (**وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم**) ش: ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه ،[. . .] ، فلا يمكنهم ذلك م: (**وإنما يقبله المكتوب إليه**) ش: ذكر هذا تعريفًا على ما تقدم من مسائل القدوري ، أي وإنما يقبل الكتاب القاضي المكتوب إليه م: (**إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل**) ش: أي القاضي الكاتب م: (**أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب**)

لا يقبله ؛لأنه التحق بواحد من الرعايا ، ولهذا لا يقبل إخباره قاضيًا آخر في غير عمله ، أو في غير عملهما ، وكذلك لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ؛لأن غيره صار تبعًا له ، وهو معروف، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا - رحمهم الله - لأنه غير معرف .

ش: بأن فسق أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب م: (**لا يقبله**) .

ش: وقال الشافعي وأبو يوسف - رحمهما الله - وأحمد - رحمه الله - : يقبله ويعمل به ، واستدل المصنف - رحمه الله - على عدم القبول بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي الكاتب بالأمور المذكورة م: (**التحق بواحد من الرعايا**) ش: لأنه حينئذ خرج من أن يكون حاكمًا فلا ينفذ الحكم بكتابه .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكونه ملتحقًا بواحد من الرعايا م: (**لا يقبل إخباره قاضيًا آخر في غير عمله أو في غير عملهما**) ش: يعني إذا أخبر القاضي قاضيًا آخر في غير عمل المخبر لا يقبل كتابه ، فلأن لا يقبل كتابه إذا عزل أو مات بالطريق الأولى ، كذا قاله تاج الشريعة .

وفي «الذخيرة » [قال] قاضي خان : التقيا في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملهما ، فقال أحدهما للآخر : ثبت عندي لفلان كذا فاعمل بما يحق لك لم يقبل منه ، ولم ينفذه لأن الخطأ والسماع أو أحدهما وجد من غير القاضي ، حيث لم يكن في مكان ولايته م: (**وكذلك**) ش: أي وكذا لا يقبله قاضي آخر م: (**لو مات المكتوب إليه**) ش: لأنه كتب إلى غيره ، وقد مات م: (**إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين**) ش: فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب إليه م: (**لأن غيره**) ش: أي غير المكتوب إليه م: (**صار تبعًا له ، وهو معروف**) ش: أي معلوم الذي صار تبعًا معلوم .

م: (**بخلاف ما إذا كتب ابتداء**) ش: من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني م: (**إلى كل من يصل إليه**) ش: من قضاة المسلمين ، حيث لم يقبل م: (**على ما عليه مشايخنا - رحمهم الله - لأنه غير معرف**) ش: أي مجهول حاصل الكلام أما في الصورة الأولى صرح الكتاب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم ، بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، أو إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، لأنه أتى بما هو شرط ، وهو أن يكون من معلوم ، ثم صير غيره تبعًا له .

وأما في الصورة الثانية ، فإن كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، فإنه لا يصلح لأنه معلوم إلى مجهول ، والعلم فيه شرط ، وهو

ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ، ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص ، لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما .

مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - وقيل : الظاهر أن محمداً - رحمه الله- معه وقيل رد لقول أبي يوسف - رحمه الله - في جوازه ، فإنه حين ابتلي بالقضاء ، وسع كثيراً ، تسهيلاً للأمر على الناس .

م: (**ولو كان مات الخصم**) ش: يعني لو مات المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي م: (**ينفذ**) ش: القاضي المكتوب إليه م: (**الكتاب على وارثه**) ش: أي ورثة الخصم م: (**لقيامه**) ش: أي لقيام الورثة م: (**مقامه**) ش: أي مقام الخصم م: (**ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ، وفي قول آخر : يقبل ، وبه قال مالك وأحمد-رحمهما الله - لأن الاعتماد على الشهود [. . .] م: (**لأن فيه**) ش: أي في كتاب القاضي م: (**شبهة البدلية**) ش: لأن للمكتوب إليه صار بدلاً عن الكاتب ، لأنه لم يشاهد الشهادة م: (**فصار كالشهادة على الشهادة**) ش: وهي غير مقبولة فيهما ، فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات م: (**ولأن مبناهما**) ش: أي مبنى الحدود والقصاص م: (**على الإسقاط وفي قبوله**) ش: أي وفي قبول كتاب القاضي إلى القاضي فيهما م: (**سعى في إثباتهما**) ش: فلا يجوز ، والله أعلم .

* * *

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها فيهما وقد مر الوجه،وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك ، لأنه قلد القضاء دون التقليد به ، فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف ؛

فصل آخر

أي هذا فصل آخر ، قيل لم يمض في هذا الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر ، وأجيب بأن هذا فصل آخر في كتاب «أدب القاضي» ، فإنه تقدم فصل في الحبس وهذا فصل آخر م: (**ويجوز قضاء المرأة في كل شيء**) ش: وقال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله - : لا يجوز لأن المرأة ناقصة للعقل غير أهل للحضور مع الرجال ومحافل الخصوم م: (**إلا في الحدود والقصاص**) ش: مجمع عليه في عدم الجواز م: (**اعتباراً بشهادتهما فيهما**) ش: أي قياسًا على شهادتهما فإن شهادتها جائزة م: (**وقد مر الوجه**) ش: أي مر وجه هذا في أول أدب القاضي»، أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص ، فهي أهل للقضاء في غيرهما .

وقال الأكمل - رحمه الله - : وقيل : أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية ، فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيها فشهادتها كذلك ، وقضاؤها مستفاد من شهادتها ، انتهى .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : قوله : وقد مر الوجه أي في كتاب الحدود ، أن فيها شبهة البدلية ، قال الله تعالى : ﴿ **فإن لم يكونا رجلين** ﴾ . . . الآية (البقرة الآية : ٢٨٢) .

م: (**وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك**) ش:أي الاستخلاف، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - ،ولو أذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف . ولو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف . ولو ولاه وسكت عن الإذن والنهي ، فعندنا لا يجوز، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله .

وعن الإصطخري من أصحاب الشافعي-رحمه الله- : يجوز إذا ولاه في عمل لا يقدر أن يتولاه بنفسه م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي م: (**قلد القضاء دون التقليد به**) ش: أي بالقضاء م: (**فصار**) ش: أي حكمه م: (**كتوكيل الوكيل**) ش: فإن الوكيل لا يملك إلا إذا فوض إليه ذلك ، لأنه مطلق التفويض ليس بإذن الاستخلاف م: (**بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف**) ش: أي

لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذنًا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ، ولو قضى الثاني بمحضر من الأول ، أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأي الأول

حيث يجوز له الاستخلاف .

وإن لم يأذن له بذلك م: (**لأنه**) ش: أي لأن أداء الجمعة م: (**على شرف الفوات لتوقته**) ش: أي لتوقت أداء الجمعة بوقت تفوت بانقضائه ، لأن الموانع من إقامتها من المرض والحدث في الصلاة وغيرهما ، قد يعتبر به شيء من ذلك ، مع ضيق الوقت ، ولا يمكن انتظار الإمام الأعظم، لأنها لا تحتمل التأخير عن الوقت م: (**فكان الأمر به**) ش: أي بأداء الجمعة م: (**إذنًا بالاستخلاف دلالة**) ش: أي من حيث الدلالة وإن لم يكن صريحًا .

لكن إنما يجوز ذلك إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة ؛ لأنها من شرائط افتتاح الجمعة ، فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث ، فاستخلف من لم يشهدها جاز ، لأن المستخلف [. . .] مفتتح ، واعترض بمن أفسد صلاته ، ثم افتتح بهم الجمعة ، فإنه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ، لم يشهد الخطبة ، وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول ، التحق بمن يشهد الخطبة .

م: (**ولا كذلك القضاء**) ش: أي ليس القضاء كالجمعة ، لأنه غير موقت يفوت بالتأخير عند العذر م: (**ولو قضى الثاني**) ش: يعني لو استخلف القاضي بدون الإذن من الإمام ، وقضى هذا النائب كيف يكون حكمه؟ قال المصنف -رحمه الله- : م: (**ولو قضى الثاني**) ش: أي ولو حكم نائبه الذي ولاه م: (**بمحضر من الأول**) ش: وهو القاضي المولى من الإمام م: (**أو قضى الثاني**) ش: وهو النائب عند غيبة المستنيب م: (**فأجاز الأول**) ش: وهو القاضي المستخلف م: (**جاز**) ش: إذا كان من أهل القضاء م: (**كما في الوكالة**) ش: فإن الوكيل إذا لم يأذن له الموكل بالتوكيل ، فوكل وتصرف بحضرة الأول وأجازه الأول جاز م: (**وهذا**) ش: أي وجه الجواز م: (**لأنه**) ش: هذا يصلح أن يكون دليلاً للمسألتين .

أما في هذه المسألة فلأنه ، أي فلأن الخليفة م: (**حضره رأى الأول**) ش: أي رأي القاضي الأول الذي ولاه الخليفة وقت قعوده لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي ، أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيًا به .

وأما في الولاية فيجيء في كتابها ، فإن قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم اختلف في الجواز وعدمه؟ فأجيب بالمنع ، فإن الالتفات أسهل من الابتداء ، وإن الحكم الذي

وهو الشرط . وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائبًا عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح . قال :وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع ، بأن يكون قولاً لا دليل عليه. وفي «الجامع الصغير »: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى

أدى له القاضي به في الابتداء لم يحضره رأي القاضي فكأنه رضي الخليفة بتولية القاضي مقيداً به .

م: (**وهو الشرط**) ش: أي حضور رأي الأول هو شرط الجواز م: (**وإذا فوض إليه يملكه**) ش: أي إذا قال الخليفة القاضي : ولمن شئت كان له أن يولي غيره م: (**فيصير الثاني نائبًا عن الأصل**) ش: أي فيصير النائب الذي ولاه القاضي المفوض إليه نائبًا عن الخليفة م: (**حتى لا يملك الأول عزله ، إلا إذا فوض إليه العزل وهو الصحيح**) ش: أي القاضي الأول لا يملك عزل القاضي الثاني الذي هو نائب القاضي المولى من جهة الخليفة ، لأنه صار قاضيًا من جهة الخليفة ، فلا يملك القاضي المستنيب عزله ، وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يملك عزله لأنه نائبه ، فصار كوكيله . قلنا : إنه صار قاضيًا من جهة الخليفة إلا أن يقول له الخليفة : ولي من شئت واستبدل من شئت ، فصار كالوكيل إذا قال له الموكل : اعمل برأيك، صح توكيله على الموكل وصار الثاني وكيل الموكل حتى لو مات الموكل ، انعزل الأول والثاني ، ولو مات الأول ، لا ينعزل وكيله . فكذا إذا عزله الأول .

م: (**وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه**) ش: أي نفذه م: (**إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع**) ش: كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات كالحكم بحل متروك التسمية عامدًا، فإنه مخالف لقوله تعالى : ﴿ **ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه**﴾م: (الأنعام : الآية ١٢١) ش: أي أو سنته المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثًا بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول على مذهب سعيد بن المسيب - رضي الله عنه - وسعيد بن جبير - رضي الله عنه - فإن اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة م: (**بأن يكون قولاً لا دليل عليه**) ش: بيان لمخالفة الإجماع ، كما إذا مضى على الدين سنون ، فحكم بسقوط الدين عمن عليه .

لتأخير المطالبة ، فإنه لا دليل شرعي على ذلك ، وعلى النسخة الأولى يكون قوله بأن يكون تعليلاً للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفًا للأدلة المذكورة ، بسبب أنه يكون قولاً لا دليل عليه .

م: (**وفي « الجامع الصغير » : وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى**

غير ذلك أمضاه والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يرده غيره ؛ لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول ، وقد يرجح الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه ، ولو قضى في المجتهد فيه ، مخالفًا لرأيه ، ناسيًا لمذهبه ، نفذ عند أبي حنيفة -رحمه الله- وإن كان عابدًا ، ففيه روايتان ،

غير ذلك أمضاه) ش: أي غير ما قضى به الأول ، إنما ذكر لفظ «الجامع الصغير» بهذا اللفظ ، لأن فيه فائدتين :

إحداهما : أنه قيد بالفقهاء ؛ لأن القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد ، فاتفق قضاؤه ، فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه . كذا ذكره في «فصول الاستروشيني » - رحمه الله - محالاً إلى «المحيط » . وفي« الذخيرة» : لا ينفذه المدفوع إليه على قول العامة .

والفائدة الثانية : أنه قيد بقوله يرى غير ذلك ، ففي رواية القدوري - رحمه الله- : لم يتعرض بذلك فيحتمل أن قوله أمضاه فيما إذا كان رأي القاضي موافقًا لحكم الأول ، فإذا كان مخالفًا لا يمضيه ، فأبانت رواية «الجامع» بأن ذلك الإمضاء عام ، فيما سوى المستثنيات ، سواء كان يوافق رأيه أو يخالفه ، لأن الحكم لاقى مجتهداً فيه ، ولا ينقضي باجتهاد آخر .

وقد صح عن عمر -رضي الله عنه- أنه قلد القضاء لأبي الدرداء -رضي الله عنه- بعد كثرة اشتغاله ، فاختصم إلى أبي الدرداء رجلان في شيء فقضى لأحدهما ، ثم لقي عمر- رضي الله عنه- المقضى عليه ، فسأله -رضي الله عنه- عن حاله ، فقال قضى علي ، فقال عمر : لو كنت مكانه لقضيت لك ، فقال المقضى عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر : ليس هنا نص والرأي مشترك ، يروى أن عمر -رضي الله عنه- استعان بزيد بن ثابت -رضي الله عنه - ، فقضى زيد -رضي الله عنه- بين رجلين ثم لقي عمر أحد الخصمين ، فقال : إن زيداً قضى علي ، والباقي نحوه، وعن عمر -رضي الله عنه- قضى في حارثة بقضية ، ثم قضى فيها بخلاف ذلك ، فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضيناه هذه كما نقضي .

م: (**والأصل**) ش: أي في تنفذ القاضي ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفًا للأدلة المذكورة م: (**أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه**) ش: وفي بعض النسخ : محلاً مجتهداً فيه م: (**ينفذ ولا يرده غيره ؛ لأن الاجتهاد الثاني كاجتهاد الأول**) ش: في أن كلاً منهما يحتمل الخطأ م: (**وقد يرجح الاجتهاد الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه**) ش: درجة ، وهو لم يتصل القضاء به م: (**ولو قضى في المجتهد فيه مخالفًا لرأيه**) ش: حال كونه م: (**ناسيًا لمذهبه ، نفذ عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان عابداً ففيه روايتان**) ش: وفي بعض النسخ : فعنه أي عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان :

ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين . وعندهما لا ينفذ في الوجهين ؛ لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى . ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفًا لما ذكرنا ، والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض

في رواية : لا ينفذ وبه كان يفتي شمس الأئمة ، والأوزجندي ، لأنه زعم فساد قضائه فتعامل في حقه بزعمه ، وفي رواية ينفذ وبه كان يفتي الصدر الشهيد والمرغيناني - رحمهما الله - وأشار إلى وجه هذا بقوله : م: (**ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين**) ش: لأن كل مجتهد لا يقطع القول بأن الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه ، بل الأمر محتمل عنده ، فتعين الصواب فيما اتصل به القضاء حملاً للأمر القضاء على الصواب . وذكر في «الذخيرة »الاختلاف في نفاذ القضاء ، وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء .

م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**لا ينفذ في الوجهين**) ش: أي النسيان والعمد وبه قال الشافعي ، ومالك وأحمد- رحمهم الله تعالى- م: (**لأنه قضى بما هو خطأ عنده**) ش: فيعمل بزعمه قال المصنف - رحمه الله - : م: (**وعليه الفتوى**) ش: لأنه زعم فساد قضائه والمرء مؤاخذ بزعمه ، كذا في « المحيط» .

وذكر في « الفتاوى الصغرى» الفتوى على قول أبي حنيفة - رحمه الله - في نفاذ القضاء على خلاف المذهب ، وفي «فتاوى ظهير الدين» - رحمه الله - استحق للسلطان أن ينقض ذلك .

م: (**ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفًا لما ذكرنا**) ش: من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع م: (**والمراد بالسنة المشهورة**) ش: بالرفع لأن خبر لقوله والمراد أي المراد من السنة ليس مطلق السنة بل السنة المشهورة م: (**منها**) ش: أي من السنة .

والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء** ﴾ م: (النساء : الآية ٢٢) ، فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته ووطئها إن وطئها الأب ، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه ، من دفع إليه م: (**وفيما اجتمع عليه**) ش: أي في الذي اجتمع عليه م: (**الجمهور**) ش: أي جمهور العلماء - رحمهم الله - أي أكثرهم ، وأجلهم م: (**لا يعتبر مخالفة البعض**) ش: أي بعض العلماء - رحمه الله - هذا إذا حكم الحاكم بخلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه .

وذلك خلاف وليس باختلاف ، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول . قال :وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ، فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله -

---

وقال الأكمل - رحمه الله - ناقلاً عن السغناقي - رحمه الله - : وينبغي أن يحمل كلام المصنف - رحمه الله - هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ، وذلك لقول ابن عباس -رضي الله عنهما- في جواز ربا الفضل ، فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه ، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك ، وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه ، فأما إذا سوغ له ذلك ،لم ينعقد الإجماع بدونه ، كقول ابن عباس -رضي الله عنهما- في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الإخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين، فإن حكم به لم يكن مخالفًا للإجماع ، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة - رحمه الله - ، ولعله اختاره المصنف - رحمه الله - ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاده ، لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء - رحمهم الله .

م: (وذلك) ش: أي مخالفة البعض لما اجتمع عليه الجمهور م: (**خلاف**) ش: أي مخالفة للأكثر م: (**وليس باختلاف**) ش: لم يذكر أحد الفرق حينما وقعت عليه من الشروح والفرق بينهما إن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفًا .

والمقصد واحد كخلاف الشافعي - رحمه الله - ، والخلاف هو أن يكون الطريق مختلفًا والمقصد مختلفًا ، فافهم فإنه دقيق م: (**والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول**) ش: وهم الصحابة رضي الله عنهم .

وفي «الذخيرة» : إنما اعتبر الخصاف الخلاف بين المتقدمين ، والمراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم ، ومن معهم من السلف ، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي - رحمه الله - والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه . انتهى

والخلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم والتابعين - رحمهم الله - لا الذي يقع بعدهم ، فعلى هذا إذا حكم الشافعي والمالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ، ورفع ذلك إلى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير» : م: (**وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر**) ش: أي فيما بينا م: (**بتحريمه ، فهو في الباطن**) ش: أي عند الله م: (**كذلك**) ش: أي حرام م: (**عند أبي حنيفة -رضي الله عنه-**) ش: ومن صور التحريم : ادعت على زوجها أنه

فالقاضي يقضي وكذا إذا قضى بإحلال ، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت في النكاح . قال: ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه . وقال الشافعي -رحمه الله -: يجوز

طلقها ثلاثًا ، أو أقامت بينة كاذبة وقضى القاضي بالفرقة ، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقول أبي يوسف - رحمه الله - أولاً : لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهرًا أو باطنًا ، ويحل للثاني ظاهرًا وباطنًا علم بحقيقة الحال أولاً .

وعلى قول أبي يوسف آخرًا ومحمد والشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - لا يحل للثاني وطئها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال ، ومن صورة التحريم أيضًا وصبي وصبية سبيًا وهما صغيران ، فكبرا وأعتقا ، ثم تزوج أحدهما الآخر ، فجاء حربي مسلمًا ، وأقام بينة أنهما ولداه .

(**فالقاضي يقضي**) ش: بنسبهما ويفرق بينهما ، فإن رجع الشهود ، أو تبين أنهم زور ، لا يسع للزوج وطأها عنده ، لأن القضاء بالحرمة نفذ ظاهرًا وباطنًا ، وكذا عند محمد-رحمه الله - لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود .

م: (**وكذا إذا قضى**) ش: القاضي م: (**بإحلال**) ش: يعني إذا قضى القاضي بإحلال شيء في الظاهر ، فهو في الباطن كذلك ، ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحاً ، وهي تجحد ، فأقام عليها شاهدي زور ، وقضى القاضي بالنكاح بينهما ، حل للزوج وطأها ، وحل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله- في قوله الأول .

وعند محمد وأبي يوسف في قوله الأخير ، وزفر والأئمة الثلاثة- رحمهم الله -: لا يحل لهما ذلك م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرناه م: (**إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ، وقد مرت في النكاح**) ش: كنكاح وبيع وطلاق وعتاق لا في الأملاك المرسلة مثل أن يدعي الملك ، ولم يذكروا السبب ، فإن الحكم فيها بشهادة الزور ، لا ينفذ باطنًا بالإجماع .

ومن صور البيع : ما إذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور ، سواء كانت الدعوى من جهة المشتري ، مثل أن قال : بعتني هذه الجارية ، أو من جهة البائع مثل أن يقول : اشتريت مني هذه الجارية ، فإنه يحل للمشتري وطأها في الوجهين جميعًا .

م: (**ولا يقضي القاضي على غائب**) ش: ولا يقضي له أيضًا عندنا م: (**إلا أن يحضر من يقوم مقامه**) ش: مثل وكيل الغائب أو وصيه . (**وقال الشافعي - رحمه الله -: يجوز**) ش: إذا كان غائبًا

لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق. ولنا :أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ،ولا منازعة بدون الإنكار ، ولم يوجد، ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء؛ لأن أحكامهما مختلفة ، ولو أنكر ثم غاب ، فكذلك الجواب ؛لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء ،

عن البلد أو عن مجلس الحكم إذا كان مستترًا في البلد قولاً واحدًا ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - ولو كان غائبًا في مجلس الحكم غير مستتر في البلد فقولان أصحهما : أنه لا يحكم بدون حضوره ، وبه قال مالك وأحمد ، إذ في المستتر تضييع الحقوق ، وفي غيره : لا . والثاني أنه يجوز م: (**لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق**) ش: فيحل للقاضي العمل بمقتضاها م: (**ولنا: أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة**) ش: لأن الشهادة خبر تحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل ، لأن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ، ولهذا إذا كان الخصم حاضرًا وأقر بالحق لا حاجة إليها م: (**ولا منازعة بدون الإنكار**) ش: يعني لا تكون المنازعة إلا بالإنكار م: (**ولم يوجد**) .

ش : **فإن قيل** : قد قلتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت .

أجيب: بأن الشرع أنزله منكرًا حملاً لأمره على الصلاح ، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه حق ، كذا في «المبسوط» و«الأسرار » و«الذخيرة » .

فإن قيل : وقف الحكم إلى الحضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد ، لأن المدعى عليه لو حضر ، فإما أن يقر أو ينكر ، فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة .

قلنا : بل هو مفيد ، لأنه يحتمل أن يطعن في البينة ، ويثبت طعنه بالحجة ويحتمل أنه يسلم الدعوى ، ثم ادعى الأداء إلى المدعي ويثبت بالحجة .

م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر على المطلوب أي ولأن البيان م: (**يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء**) ش: على الحاكم م: (**لأن أحكامهما**) ش: أي أحكام القضاء بالبينة ، والإقرار م: (**مختلفة**) ش: فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ، ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة ، فإن الرجل إذا اشترى جارية مولده عنده ، فاستحقها رجل بالبينة ، فإنه يأخذها وولدها ، وإن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها ، لأن البينة حجة مطلقة بخلاف الإقرار ، فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير م: (**ولو أنكر**) ش: المدعى عليه م: (**ثم غاب فكذلك الجواب**) ش: يعني لا يقضي القاضي في غيبته م: (**لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء**) ش: لأن البينة إنما تظهر حجة بالقضاء ، وبقاؤه شرط وهو محتمل هاهنا .

وفيه خلاف أبي يوسف - رحمه الله - ، ومن يقوم مقامه قد يكون نائبًا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي ،

م: (**وفيه**) ش: أي وفي الوجه م: (**خلاف أبي يوسف- رحمه الله-**) ش: فإنه يقول الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء ، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب ، وأجيب أن الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات .

فإن قلت : احتج الشافعي - رحمه الله - بقوله عليه السلام : « البينة على المدعي » ، فاشتراط حضور الخصم لإقامة البينة زيادة عليه ، وما قالت هند- رضي الله عنها - : « **يا رسول الله إن أبا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال عليه السلام: خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف** » فقد قضى عليه وهو غائب .

قلت : حجتنا نحن بقوله عليه السلام لعلي -رضي الله عنه - : « لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك لا تدري بما تقضي » رواه الترمذي- رحمه الله -وقال : هذا حديث حسن .

وأما قوله ﷺ: « **البينة على المدعي** »[1] فدليلنا لأن البينة اسم لما يحصل به التبيان، وليس المراد بالبيان في حق المدعي ، لأنه حاصل بقوله ، ولا في حق القاضي، لأنه حاصل بقول المدعي إذا لم يكن له منازع إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاهد ، وذلك إلا بحضوره .

وأما الجواب : عن حديث هند -رضي الله عنها- فهو أنه عليه السلام كان عالمًا باستحقاق النفقة على أبي سفيان رضي الله عنه ألا ترى أنها لم تقم البينة ، وقيل : كان هذا فتوى وليس بحكم .

م: (**ومن يقوم مقامه**) ش: لما ذكر إن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك بقوله ، ومن يقوم مقامه ﷺ أي مقام المدعى عليه الغائب ، ولا يخلو هذا إلا بأن يكون م: (**قد يكون نائبًا بإنابته ، كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي**) ش: قيد به احترازًا عن المسخر من جهة القاضي ، فإن فيه اختلاف الروايتان . وذكر في «الذخيرة» : وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع القاضي الخصومة عليه وكذا لو أحضر المدعي رجلاً غير الخصم ليسمع القاضي الخصومة عليه .

---

(١) رواه مسلم في الأقضية ،والبخاري في «التفسير - باب قوله : ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنًا قليلاً﴾ وغيرهما .

وقد يكون حكمًا بأن كان ما يدعي على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر ، وهذا في غير صورة في الكتب . أما إذا كان شرطًا لحقه فلا معتبر به في جعله خصمًا عن الغائب ،

والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ، ولا على المسخر ، وإنما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ، ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد بعث في بعثائه إلى باب داره ونادى على باب داره ، وقال احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك . أما في غير ذلك الموضع فلا .

م: (**وقد يكون حكمًا**) ش: هذا عطف على قوله قد يكون بإنابته ، أي قد يكون من يقوم مقامه حكمًا م: (**بأن كان يدعي على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر**) ش: أي يكون سببًا لا محالة ، أما إذا كان سببًا في وقت دون وقت ، لا ينصب الحاضر خصمًا عن الغائب . كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب: إن زوجك وكلني أن أحملك إليه ، فقالت: قد طلقني ثلاثًا ، وبرهنت قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغالب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق ، أعادت البينة . وأما صورة كون ما يدعي على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر فكثيرة ، منها رجل أقام بينة على آخر أن هذه الدار له ، اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها ، وذو اليد غصبهما منه وهو ينكر قبلت بينته ، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب ، حتى لو حضر الغائب ، وأنكر البيع ، لا يلتفت إلى إنكاره لأن الشراء من المالك سبب لما يدعي على الحاضر فصار الحاضر كالوكيل عن الغائب فصار إنكاره كإنكار الغائب .

م: (**وهذا**) ش: أي ما يدعي على الغائب سببًا لا محالة لما يدعيه على الحاضر م: (**في غير صورة في الكتب**) ش: ولهذا قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وتفسير ذلك في مسائل منها ما ذكرناه الآن ، ومنها إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه ، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق ، فبرهن أنه ذاب له على فلان ألف درهم ، فإنه يقضي بها ، ومنها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان ، وقال ذو اليد ما اشتريتها من أحد والدار داري ، فيبرهن المدعي أنه اشتراها من فلان الغائب ، وهو يملكها وأنه شفيعها ، ويقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعًا .

م: (**أما إذا كان شرطًا**) ش: يعني أما إذا كان ما يدعي على الغائب شرطًا م: (**لحقه**) ش: أي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق ، فادعت امرأة الحالف عليه أن فلانًا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة ، فلا تصح هذه البينة ولا يقضي بوقوع الطلاق عليها أشار بقوله م: (**فلا معتبر به في جعله خصمًا عن الغائب**) ش: وهو قول عامة المشايخ

وقد عرف تمامه في «الجامع» . قال : ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق ؛لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة . والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه ، وإن أقرض الوصي ضمن ؛لأنه لا يقدر على الاستخراج . والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين

- رحمهم الله - لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح ، لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب .

وقال فخر الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - : إن البينة تقبل ، ويجعل الحاضر خصمًا عن الغائب كما في السبب ، لأن الدعوى والمدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط .

فإن قيل : أليس لو قال لها : إن دخل فلان الدار فأنت طالق ، فأقامت المرأة البينة أنه دخل وفلان غائب ، كانت البينة صحيحة .

الجواب : إنما صحت هناك لأنه ليس فيها إبطال حق الغائب ، فلا يكون قضاء على الغائب . م: (**وقد عرفت تمامه**) ش: أي تمام هذا المذكور من المسألة م: (**في الجامع**) ش: الصغير .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ويقرض**) ش: من الإقراض بالضاد المعجمة وفاعله م: (**القاضي أموال اليتامى**) ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله - : أي إلى الثقات والثقة الملي الحسن المعاملة .

وفي الأقضية إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم يحصل غلبة لليتيم ، أما إذا وجد فلا يملكه ، هكذا روي عن محمد -رحمه الله- م: (**ويكتب ذكر الحق**) ش: أي يكتب كتابًا وهو الصك لأجل ذكر الحق ، وهو الإقتراض م: (**لأن في الإقراض**) ش: أي في إقراض أموالهم م: (**مصلحتهم**) ش: أي مصلحة اليتامى م: (**لبقاء الأموال محفوظ**) ش: فإن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه م: (**مضمونة**) ش: لأن بالقرض تصير أموالهم مضمونة ، فيقرضها ، بخلاف الوديعة فإنه وإن حصل الحفظ بها فليست بمضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة .

فإن قيل : نعم هو كذلك ، لكن لو لم يؤمن النوى بجحود المستقرض ، أجاب المصنف - رحمه الله - عن هذا بقوله : م: (**والقاضي يقدر على الاستخراج**) ش: لكونه معلومًا له م: (**والكتابة ليحفظه**) ش: أي لتحفيظ القاضي بالكتابة ، وينتفي النسيان بها م: (**وإن أقرض الوصي**) ش: أي مال اليتيم م: (**ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج**) ش: لبقاء مخافة النوى ، وإن كان الحفظ والضمان موجودين م: (**والأب**) ش: في إقراض مال الصغير م: (**بمنزلة الوصي**) ش: حيث لا يجوز له الإقراض م: (**في أصح الروايتين**) ش: وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد

والعتابي - رحمهم الله - م: (لعجزه) ش :[أي] الأب م: (عن الاستخراج) ش: وفي رواية يجوز له ذلك ، لأن ولاية الأب تعم المال والنفس ، كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له ، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده ، وإن أخذه الأب قرضًا لنفسه ، قالوا : يجوز ، وروى الحسن - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه ليس له ذلك .

***

باب التحكيم

وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز ؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم ، لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما

م: (باب التحكيم)

ش:أي هذا باب في بيان التحكيم ، وهو مصدر من حكم بالتشديد ، يقال : حكمه ، أي فوض إليه الحكم ، وهو أيضًا من أنواع القضاء ، إلا أنه أخر ذكره لأن حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي ، وهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينمي إليه أبطله ، ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص ، بخلاف حكم القاضي .

ويجوز حكم القاضي رضي الخصم بذلك أم لا ، ولا يجوز حكم المحكم إلا برضى الخصمين ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها** ﴾ (النساء الآية ٣٥) ، فلما جاز التحكيم بين الزوجين دل على جوازه في سائر الخصومات . وأما السنة ما روىأبو شريح - رضي الله عنه- أنه قال : يا رسول الله ﷺ إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي عني الفريقان ، فقال عليه السلام: «**ما أحسن هذا** »[1] ، رواه النسائي -رحمه الله - وأما الإجماع فإن الصحابة -رضي الله عنهم- كانوا مجمعين على جواز التحكيم .

م: (**وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز ؛لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ،وينفذ حكمه عليهما**) ش: ولا ينفذ على غيرهما حتى لو ظفر المشتري بعيب ، فحكم هو والبائع رجلا فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه ولو اصطلح البائع الأول والثاني . والمشتري جميعًا على حكمه يرده على البائع الأول استحسانًا ، والوكيل بالبيع إذا ظفر المشتري بعيب فاصطلحا على حكم فرده بعيب لا يحدث مثله ، جاز على الأمر في رواية .

وفي رواية : جاز عليه دون الأمر ، وإن كان عيب محدث مثله يلزم البائع إلا إذا حكماه برضا الأمر كذا في« المحيط» م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الذي ذكرناه إنما يصح م: (**إذا كان المحكم**) ش: بتشديد الكاف المفتوحة م: (**بصفة الحاكم**) ش: المولى م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحكم م: (**بمنزلة القاضي فيما بينهما**) ش: أي فيما بين المحكمين .

واعترض بأنه لو كان كذلك ، لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل

---

(١) صحيح : أخرجه النسائي (٨/ ٢٢٦) من طريق شريح بن هانيء عن أبيه هانيء -رضي الله عنه- . . . مرفوعًا به . وإسناده صحيح.

فيشترط أهلية القضاء ، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة، والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى ، ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما ، لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعًا

على قول أبي يوسف - رحمه الله - لكنها وقعت ، فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده، وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين .

والمقصود به قطع المنازعة ، والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء ، والإمارة؛ لأنه تعريض م: (**فيشترط أهلية القضاء**) ش: هذا نتيجة قوله : لأنه بمنزلة القاضي ، فلذلك ذكره بالفاء أي يشترط أهلية القضاء ووقت التحكيم ووقت الحكم ، حتى لو حكما عبدًا ثم أعتق أو صبيًا ثم بلغ ، أو ذميًا فأسلم ، وحكم لا ينفذ حكمه كما في المولى ، وكذا لو كان مسلمًا وقت التحكيم ، ثم ارتد وكذا على القلب في الكل لا ينفذ حكمه ، كذا في «المغني» و«المحيط» .

م: (**ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، وهذا كله من إضافة المصدر إلى المفعول ، لأنه لو جعل من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل ، ينقلب حكم المسألة ، فإن ذلك جائز ، وفي «المغني» يجوز تحكيم المكاتب ، والعبد المأذون كالحر ، وتحكيم الذمي لا يجوز بين المسلمين ، أما لو كان حكمًا فيما بين الذميين يجوز؛ لأنه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين م: (**لانعدام أهلية القضاء**) ش: أي في المذكورين م: (**اعتباراً بأهلية الشهادة**) ش: أي لأجل الاعتبار بأهلية الشهادة ، فإنهم غير أهل الشهادة والقضاء مبني عليها .

م: (**والفاسق**) ش: مبتدأ م: (**إذا حكم**) ش: على صيغة المجهول بتشديد الكاف م: (**يجب أن يجوز**) ش: خبر المبتدأ م: (**عندنا**) ش: خلافًا للشافعي - رحمه الله - م: (**كما مر في المولى**) ش: أي وفي القاضي الفاسق المولى في أول كتاب «أدب القاضي» ، يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قياسًا على الفاسق إذا ولي القضاء ، ولكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء ، وكذا لا بحكم الفاسق .

وقد مر الكلام فيه مستوفى هناك م: (**ولكل واحد من المحكمين**) ش: بتشديد الكاف المكسورة وفتح الميم م: (**أن يرجع ما لم يحكم**) ش: أي المحكم م: (**عليهما**) ش: أي على المحكمين م: (**لأنه**) ش: أي لأن المحكم م: (**مقلد**) ش: بفتح اللام المشددة م: (**من جهتهما**) ش: أي من جهة المحكمين م: (**فلا يحكم إلا برضاهما جميعًا**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول، ومالك -رحمه الله - في رواية، وأحمد - رحمه الله - في وجه .

وإذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما ، وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه ، لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه . وإن خالفه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه . ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ،

م: (**وإذا حكم**) ش: أي المحكم م: (**لزمهما**) ش: أي لزم المحكمين ما حكم به م: (**لصدور حكمه**) ش: أي حكم المحكم م: (**عن ولاية عليهما**) ش: ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول مالك ، وأحمد عن الشافعي - رحمهم الله - : لا بد من تراضيهما بعد الحكم ، وهو اختيار المزني م: (**وإذا رفع حكمه**) ش: أي حكم المحكم م: (**إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه ، لأنه لا فائدة في نقضه**) ش: أي في نقض القاضي حكم هذا المحكم م: (**ثم في إبرامه**) ش: أي في حكمه قطعًا م: (**على ذلك الوجه**) ش: أي الوجه الذي حكم به المحكم ، وفائدة إمضاء الحاكم المحكم أنه لو رفع أي حاكم يخالف مذهبه ، لم يتمكن من نقضه ولم يمضه لتمكن ، لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه .

م: (**وإن خالفه أبطله**) ش: أي وإن خالف حكم المحكم من مذهب الحاكم الذي رفع إليه أبطل حكم المحكم م: (**لأن حكمه**) ش: أي حكم المحكم م: (**لا يلزمه**) ش: أي لا يلزم الحاكم م: (**لعدم التحكيم منه**) ش: أي من المحكم بخلاف حكم الحاكم ، فإنه لا يبطله الثاني ، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته ، فكان قضاؤه حجة في حق الكل ، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده ، وعند مالك وابن أبي ليلى - رحمهم الله - : حكم المحكم في المجتهدات نافذ كالمولى فلا يبطله وإن خالف رأيه إلا أن يكون جوراً بينًا لم يختلف فيه أهل العلم .

م: (**ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص**) ش: هذا مذهب الخصاف - رحمه الله - فإنه قال: التحكيم لا يجوز في الحدود له والقصاص ، واختاره القدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، وكذلك اختاره المصنف - رحمه الله .

والمراد بالحدود : التي هي الواجب حقًا لله تعالى . وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت الروايات فيهما ، فقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «شرح أدب القاضي» : من أصحابنا من قالوا : إنه يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى ؛ لأن الإمام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى .

وأما في القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم ؛ لأن الاستيفاء إليهما . وفي «الذخيرة»، يجوز التحكيم في القصاص؛ لأنه من حقوق العباد . وعن أبي حنيفة -رحمه الله - لا يجوز . وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يجوز في غير الأموال وما في معناها ، وبه قال مالك - رحمه الله - حتى لا يجوز في حد ولا في لعان ولا في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو

لأنه لا ولاية لهما على دمهما ، ولهذا لا يملكان الإباحة ، فلا يستباح برضاهما . قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح، وغيرهما، وهو صحيح . إلا أنه لا يفتي به ، ويقال :يحتاج إلى حكم المولى دفعًا لتجاسر العوام فيه ،وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ؛لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم . ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة ؛لأنه مخالف لرأيه

نسب أو ولاء؛ لأنها مبنية على الاحتياط ؛ فيتعين القاضي المولى كالحدود م: **(لأنه لا ولاية لهما على دمهما)** ش: هذا دليل القصاص ، ولم يذكر دليل الحدود أي ؛ لأن الشأن لا ولاية للمحكمين على دمهما م: **(ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما)** ش: ولو علل المصنف - رحمه الله - مثل ما علل ؛ لأن حكم المحكم ليس بحجة في غير المحكمين ، فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفي بالشبهات فكان أشمل .

م: **(قالوا)** ش: أي المشايخ - رحمهم الله - من المتأخرين : م: **(وتخصيص)** ش: القدوري -رحمه الله - م: **(الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح وغيرهما)** ش: كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف ، وهو الظاهر عند أصحابنا ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى ، وقالوا : يحتاج إلى حكم المولى ، كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام ، كذا ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - «في أدب القاضي» .

وفي «الذخيرة » «وفتاوى العتابي» - رحمه الله -: يجوز حكم المحكم في اليمين المضافة ، لكن لا يفتى كيلاً يتجاسر الناس .

وقال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها ، وكان يقول : ظاهر المذهب أنه يجوز، إلا أن الإمام الأستاذ أبا على النسفي - رحمه الله - كان يقول : فكتم هذا الفصل ، ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا م: **(وهو صحيح)** ش: أي التحكيم في سائر المجتهدات صحيح ؛ لأنه هو الظاهر عن أصحابنا .

م: **(إلا أنه لا يفتى به ويقال)** ش: عند السؤال م: **(يحتاج إلى حكم المولى)** ش: أي القاضي المولى م: **(دفعًا)** ش: أي للدفع م: **(لتجاسر العوام فيه)** ش: وقد ذكرناه . م: **(وإن حكماه)** ش: أي فإن حكم المحكمان المحكم م: **(في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ؛ لأنه لا ولاية له)** ش: أي للمحكم م: **(عليهم)** ش: أي على العاقلة م: **(إذ لا تحكيم من جهتهم)** ش: وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين م: **(ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه)** ش: أي لأن حكم المحكم على القاتل م: **(مخالف لرأيه)** ش: أي لرأي القاضي

ومخالـف للنص أيضًا ، إلا إذا ثبت القتل بإقراره ؛لأن العـاقلة لا تعقله ، ويجوز أن يسـمع البينة ويقضي بالنكـول ، وكذا بالإقرار ؛لأنه حكم مـوافق للشرع ، ولو أخبـر بإقرار أحد الخـصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله ؛ لأن الولاية قائمة ، ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضـاء الولاية كقـول المولى بعد العـزل . وحكم الحاكم لأبويه وزوجتـه وولده باطل ،والمولى والمحكم فيه سـواء وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التـهمة . فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ؛ لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء ،

م: (**ومخـالـف للنص أيضًا**) ش: وهو حديث حمل بن مالك قوموا قدره ، كما سيأتي في كتاب المعاقل -إن شاء الله تعالى- م: (**إلا إذا ثبت القتل بإقراره**) ش: هذا استثناء من قوله «رده القاضي» أي رد القاضي قضاءه بالدية في ماله ، إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل، فحينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل م: (**لأن العاقلة لا تعقله**) ش: أي لا تعقل الإقرار ولا الصلح ولا العمد .

م: (**ويجـوز أن يسـمع**) ش: أي المحكـم م: (**البينة ويقـضي بالنكول**) ش: هذا لفظ القـدوري -رحمه الله -، وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**وكذا بالإقرار لأنه**) ش: أي لأن كل واحـد من سماع البينة والقضاء بالنكول وبالإقرار م: (**حكم موافق للشرع**) ش: لأنه ليس الحكم إلا بواحد من هذه الأشياء .

م: (**ولو أخـبر**) ش: أي المحكـم م: (**بإقرار أحد الخـصمين**) ش: بأن قال لأحدهما : اعـترفت عندي لهذا بكذا م: (**أو بعـدالة الشهـود**) ش: مثل أن يقـول : قـامت عندي وقـد ألزمتك بـهذا أو حكمت به لهذا عليك ، فأنكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء له يلتفت إلى قوله ، وقضى القاضي ونفذ ؛لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك .

م: (**وهما**) ش: أي والحال أن المحكمين م: (**على تحكيمهما يقبل قوله**) ش: أي قـول الحكم م: (**لأن الولاية قائمة**) ش: فيملك إنشاء الحكم ، ويملك الإخبار بهذه الأشياء م: (**ولو أخبر بالحكم**) ش: بأن يقـول : كنت حكمت عليك لهذا بكذا م: (**لا يقبل قـوله لانقضاء الولاية كقـول المولى بعد العزل**) ش: لأنه لما حكم صار معزولاً ، ولا يقبل قوله« إني حكمت بكذا » ، كالقـاضي المولى إذا قال بعد عزله : حكمت بكذا ، لا يقبل قوله فكذا هذا .

م: (**وحكم الحاكم لأبويه وزوجـته وولده باطل ، والمولى**) ش: أي القـاضي المولى م: (**والمحكم**) ش: أي الذي جعل حكمًا م: (**فيـه**) ش: أي في بطلان الحكـم م: (**سـواء ، وهذا**) ش: أي بطلان الحكم م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لا تقبل شهادته**) ش: أي شهادة المحكم م: (**لهؤلاء**) ش: أي للوالدين والولد والزوجة م: (**لمكان التهمة**) ش: وهو ظاهر م: (**فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ؛ لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء**) ش: إذا قضى عليهم .

ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما ؛لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب .

م: (**ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما**) ش: حتى لو حكم أحدهما ولم يحكم الآخر لا يجوز م: (**لأنه**) ش: أي لأن التحكيم م: (**أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب**) ش: لأن رأي الواحد ليس كرأي الاثنين ، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما ، لأنها بعد القيام كسائر الرعايا ، فلا تقبل شهادتهما على فعل ما سواه ، والله أعلم بالصواب .

وفي «المحيط »: ولو حكم حراً وعبداً محكمًا لم يجز ، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً فحكم بينهما ، ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ، ولو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين الناس ، وهو ممن يجوز شهادته جاز ، ويصير كالقاضي ولو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الإمام ولو حكم لا يجوز إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم ، أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم .

ولو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة ، فحكم بعده فأجاز جاز ، وليس للمحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره ، ولو فوض ، وحكم الثاني بغير رضاهما ، فأجاز الأول لم يجز إلا أن يخيرا بعد الحكم . وقيل : ينبغي أن يجوز كالوكيل الأول إذا جاز بيع الثاني ولو حكما واحداً ، فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده ، وإلا أبطله .

وكتاب الحكم إلى القاضي لا يجوز، كما لا يجوز كتاب القاضي إليه . ولا يحكم الحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان، والله أعلم .

* * *

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال :وإذا كان علو لرجل وسفل آخر ، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - معناه بغير رضا صاحب العلو ،

م: **(مسائل شتى)**

ش: أي هذه مسائل شتى م: **(من كتاب القضاء)** ش: أي مسائل متفرقة متعلقة بكتاب القضاء وأصل شتى من شت الأمر يشت شتاً إذا تفرق . يقال : أمر مشت أي متفرق . وجاءوا أشتاتاً ، أي متفرقين ، وقوم شتى ، وأشياء شتى . قال الله تعالى: ﴿ إن سعيكم لشتى﴾ (الليل الآية : ٤) أي إن عملكم لمختلف، وفي تفسير إن أعمالكم لمختلفة، وقد جرت عادة المصنفين أن يذكروا ما شذ من المسائل في آخر الكتاب استدراكاً للغاية، ويترجموه بقولهم، مسائل متفرقة أو بقولهم : مسائل شتى، أو بقولهم مسائل منثورة . وقال الأترازي - رحمه الله - : وكان القياس على هذا أن يذكر صاحب «الهداية» مسائل هذا الفصل في آخر كتاب «أدب القاضي» ، انتهى.

قلت : الذي ذكره صاحب «الهداية» ها هنا ، هو القياس ؛ لأن كل شيء قيل : مسائل شتى من الأبواب والفصول من كتاب «أدب القاضي» ومتعلقاته، فافهم .

م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: **(وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً)** ش: أصل يتد يوتد حذف الياء لوقوعها بين الياء والكسرة ، والوتد بفتح الواو وكسر التاء . وقال الجوهري : الوتد بالكسر واحد الأوتاد وبالفتح لغة ، وكذلك الود في لغة من يدغم ، تقول : وتد الوتد ثم وتداً ، وإذا أمرت . قلت : تد وتدك بالميتدة ، وهي المدق ، انتهى .

قلت : الوتد في لغة البلدتين ، الخازوق ، وهو قطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شيء أو يربط به شيء م: **(ولا ينقب فيه كوة)** ش: قاله الأترازي : الكوة بفتح الكاف كذا في« الديوان» هي الروزن . وفي «المغرب» : الكوة نقب البيت والجمع كوى. وقد يضم الكاف في الفرد والجمع - ويستدار مفتاح الماء إلى المزارع والجداول ، فيقال : كوى النهر . وقال الجوهري: الكوة نقب البيت والجمع كوا بالمد ، وكوى أيضاً مقصور. والكوة بالضم لغة ويجمع على كوى .

قلت : الكوة : بخش في الحائط غير نافذ من ورائها يحط فيها شيء م: **(وهذا)** ش: أي الذي ذكرها من عدم جواز دق الوتد ونقب الكوة م: **(عند أبي حنيفة رحمه الله)** ش: وكذا لا يفتح باباً ولا يدخل جذعاً فيه ، ولا يهدم سفله ، وكذا لم يكن لصاحب العلو أن يحدث في بنائه إلا أن يضع عليه جذعاً ، ولا كنيفاً لم يكن م: **(معناه بغير رضا صاحب العلو)** ش: أي معنى قول محمد -

وقالا: يصنع ما لا يضر بالعلو ، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه ، قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة -رحمه الله - فلا خلاف فيه . وقيل الأصل عندهما الإباحة ؛ لأنه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجز المنع ،والأصل عنده الحظر ؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ، كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض ، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه ، فيمنع عنه .

رحمه الله - في «الجامع» : ليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدًا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة - رحمه الله - (**بغير رضا صاحب العلو**) ش: حاصله كما يجيء الآن أن أبا حنيفة -رحمه الله - إنما أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر .

قيل : بل عند أبي حنيفة - رحمه الله - الحظر أصل والإطلاق يعارض لعدم الضرر ، ولا خلاف فيما لم يضر لصاحبه ، فإن له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق وإنما الخلاف في حالة الإشكال أنه يضر به أم لا فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : ليس له ذلك إلا يرضي صاحبه (**وقالا:**) أي قال أبو يوسف - رحمه الله - : م: (**يصنع ما لا يضر بالعلو**) ش: لأن التصرف حصل في ملكه م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله - م: (**إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه**) ش: بيتًا أو يضع عليه جزوعًا ونحو ذلك م: (**قيل ما حكي عنهما**) ش: أي عن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**تفسير لقول أبي حنيفة - رحمه الله - فلا خلاف فيه**) ش: قال بعض المشايخ -رحمهم الله- في« شرح الجامع الصغير» : أن أبا حنيفة - رحمه الله - أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر ، فيكون فصلاً مجمعًا عليه ، لأن التصرف حصل في ملكه .

م: (**وقيل :**) ش: بل بينهم خلاف لأن م: (**الأصل عندهما الإباحة ؛ لأنه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر**) ش: أي إطلاق التصرف م: (**فإذا أشكل**) ش: ولم يعلم أنه يضره أم لا م: (**لم يجز المنع**) ش: لأن الأصل الإطلاق في تصرف ملكه م: (**والأصل عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**الحظر**) ش: أي المنع م: (**لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير**) ش: وتعلق حق الغير بملكه بين تصرفه فصار هذا م: (**كحق المرتهن والمستأجر**) ش: في منع المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر .

م: (**والإطلاق**) ش: أي إطلاق التصرف م: (**بعارض**) ش: عدم الضررم: (**فإذا أشكل**) ش: بأن لم يعلم فيه ضرر أم لا م: (**لا يزول المنع على أنه**) ش: أي مع أن التصرف فيه م: (**لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء ونقضه ، فيمنع عنه**) ش: ولهذا لا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف . فكذا بعضه .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : وقول أبي حنيفة - رحمه الله - قياس .

وقال قاضي خان - رحمه الله - : لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئراً أو ما أشبه ، ويتضرر به صاحب العلو له ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما الحكم معلول لعلة الضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله .

والأصل فيه قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »(١) ، وفي الأقضية لو انهدم السفل لا يجبر صاحب السفل على البناء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الجديد ، ومالك -رحمه الله - في رواية ، وأحمد - رحمه الله - في رواية .

وقالوا في رواية أخرى : يجبر ويخير صاحب العلو ، فإن شاء بنى السفل إلى موضع علوه ثم يبني علوه ويمنع صاحب السفل عن السكن فيه حتى يؤدي قيمة السفل .

والصحيح أنه يعتبر قيمته يوم البناء لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دار مشتركة ، فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه ، لا يرجع على صاحبه بشيء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح ، لأنه هنا غير مضطر إلى البناء في نصيب شريكه ، لأنه يمكنه أن يقاسم المساحة ولهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار المشترك بعد انهدامه عندنا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد ومالك - رحمهما الله - في رواية .

ولو كان البيت صغيراً فانهدم ، ولا يمكن قسمة الساحة ، لا يكون متبرعًا في البناء ، وهكذا تقول في الطاحون والحمام حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه ، ولو انهدم كله فإن أمكن إلينا بعد القسمة يكون في البناء متطوعًا ، وإلا لا ، كذا ذكره التمرتاشي -رحمه الله .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير» : م: (وإذا كانت زائغة) ش: أي سكة . قال الكاكي - رحمه الله - : وقال تاج شريعة - رحمه الله - : قوله« زائغة» أي سكة غير نافذة وفي حجة الشرع الزائغة كوجه ، سميت بذلك لزيغها عن الطريق الأعظم .

وقال الأترازي : الزائغة المحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف ، من زاغت الشمس إذا مالت . وفي «تهذيب ديوان الأدب » : الزائغة الطريق الذي جاز عن الطريق الأعظم م: (مستطيلة) ش: أي طويلة من استطال يعني طال م: (تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي نافذة) ش: أي الزائغة

---

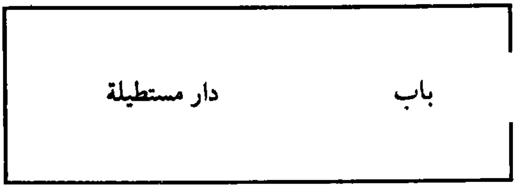
(١) صحيح : روي عن جماعة من الصحابة منهم عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي صرمة وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وأبي لبابة وثعلبة بن مالك وعائشة وجابر بن عبد الله - رضي الله عنهم . راجع نصب الراية (٤/ ٣٨٤) ، وصحيح ابن ماجة للعلامة الألباني (٢/ ٣٨) .

فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابًا في الزائغة القصوى ؛ لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصًا حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة ، بخلاف النافذة ؛لأن المرور فيها حق العامة ، قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع بعض جداره . والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ، ولأنه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب . وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا باباً، لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها .

المنشعبة غير نافذة ، وكذلك الزائغة الأولى أيضًا غير نافذة .

كذا ذكره التمرتاشي والفقيه أبو الليث - رحمه الله - حيث قالا : سكة طويلة غير نافذة ، وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة ولكن في أكثر الكتب لم يقيد الأولى بكونها غير نافذة، وتعليل الكتاب يقتضي ذلك .

وصورتها هكذا



م: (**فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابًا في الزائغة القصوى**) ش: أي السفلى م: (**لأن فتحه للمرور لا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصًا**) ش: أي خاصته م: (**حتى لا يكون لأهل الأولى**) ش: أي السكة الأولى م: (**فيما بيع فيها**) ش: أي في السكة القصوى م: (**حق الشفعة**) ش: لأن السكة لهم خاصة م: (**بخلاف النافذة ؛ لأن المرور فيها حق العامة**) ش: وليست للسكان فيها خاصة م: (**قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه**) ش: أي لأن الفتح م: (**رفع بعض جداره**) ش: ولأن يرفع جميع جداره بالهدم ، فرفع بعضه أولى ، ولهذا لو فتح كوة أو بابًا للاستضاءة دون المرور لم يمنع . م: (**والأصح أن المنع من الفتح ، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور وفي كل ساعة ولأنه**) ش: إذا فعل ذلك م: (**عساه**) ش: أي لعله م: (**يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب**) ش: ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - : م: (**وإن كانت**) ش: أي الزائغةالقصوى م: (**مستديرة قد لزق طرفاها**) ش: يعني سكة اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة ، والسكة غير نافذةم: (**فلهم أن يفتحوا بابًا**) ش: أي فلكل واحد منهم أن يفتح بابه م: (**لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها**) ش: بهذه

قال: ومن ادعى في دار دعوى ، وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها، فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار ، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى . والمدعي وإن كان مجهولاً ، فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا ؛ لأنه جهالة في الساقط فلا تقضي إلى المنازعة على ما عرف . قال : ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة ، فاشتريتها منه ، وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض ، إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ،

الصورة:

باب

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (**ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز**) ش: قيل : أراد به إذا كان المدعي به مقدراً معلومًا ، كالثلث ، ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة ، لأن الصلح إذا كانت الدعوى صحيحة ، أما إذا كانت فاسدة أي هذه المسألة م: (**وهي مسألة الصلح على الإنكار ، وسنذكرها في الصلح -إن شاء الله تعالى -**) ش: والصلح على[. . .] جائز عندنا خلافًا للشافعي - رحمه الله - هذا جواب عما يقال كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى ، ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئًا لا يصح دعواه ، أجاب المصنف بقوله : م: (**والمدعى وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا**) ش: ثم علله بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن المجهول م: (**جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة**) ش: والأصل فيه أن ما يجب تسليمه يشترط العلم به ، لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، وما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه م: (**على ما عرف**) ش: في كتاب الصلح .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في«الجامع الصغير» : م: (**ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا**) ش: يعني أنه سلمها إليه في وقت م: (**فسئل البينة**) ش: على دعواه م: (**فقال:**) ش:أي المدعي : م: (**جحدني الهبة**) ش: ولم يكن لي بينة في حق الهبة م: (**فاشتريتها منه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض**) ش: والتناقض يمنع صحة الدعوى م: (**إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به**) ش: أي بالشراء م: (**قبلها**) ش: أي قبل الهبة ، أي قبل عقدها .

ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق .ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها ،لم تقبل أيضًا ،ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضًا، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة ؛لأنه تقرير ملكه عندها . ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ؛لأن المشتري لما جحده كان فسخًا من جهته إذ الفسخ يثبت به

م: (**ولو شهدوا به**) ش: أي بالشراء م: (**بعدها**) ش: أي بعد الهبة م: (**تقبل لوضوح التوفيق**) ش: وهذا لأنه يمكنه أن يقول: وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ أسبوع ، فلا تناقض ، وفي الوجه الأول: التوفيق غير ممكن ، فيتحقق التناقض إذ لا يمكنه أن يقول وهب لي منذ شهر ، ثم جحدني الهبة فاشتريتها منذ سنة . وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق، وأما إذا أمكن فلا .

م: (**ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها**) ش: أي قبل الهبة م: (**ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها ، لم تقبل أيضًا ذكره في بعض النسخ**) ش: أي بعض نسخ «الجامع الصغير» ، ثم ذكر المصنف - رحمه الله - وجه عدم قبول البينة هنا للتناقض بقوله : م: (**لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب**) ش: في ذلك الوقت م: (**ودعوى الشراء**) ش: قبل الهبة م: (**رجوع عنه**) ش: أي من الإقرار للواهب م: (**فعد مناقضًا**) ش: فلا يقبل بينته م: (**بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة**) ش: حيث تقبل بينته م: (**لأنه تقرير ملكه**) ش: أي ملك الواهب م: (**عندها**) ش: أي عند الهبة ، فإن قبل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضًا ، لأنه ادعى شراء باطلاً ، لأنه ادعى شراء يملكه بالهبة ، أجيب بأنه لا جحد الهبة ، فقد فسخها من الأصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه ، فإذا قدم على الشراء منه ، فقد رضي بذلك الفسخ فيهما بينهما فإذا انفسخت الهبة بتراضيهما ، واشترى ما لا يملكه فكان صحيحًا .

م: (**ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر**) ش: أي الآخر المخاطب م: (**إن أجمع البائع**) ش: أي إن قصد وعزم بقلبه ، وقيل يشهد بلسانه على العزم بالقلب م: (**على ترك الخصومة وسعه**) ش: أي حل له أي للبائع م: (**أن يطأها**) ش: أي الجارية وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه، وأحمد - رحمه الله - في رواية ، وقال زفر - رحمه الله - : لا يحل .

وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه لأنه لما باعها فيه على ملك المشتري ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا م: (**لأن المشتري لما جحده**) ش: أي البيع م: (**كان فسخًا من جهته ، إذ الفسخ يثبت به**)

كما إذا تجاحدا ، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة ثم الفسخ وبمجرد العزم ، وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل اقترن الفعل ، وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه . قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ، ثم ادعى أنها زيوف صدق . وفي بعض النسخ: اقتضى،

ش: أي بالجحود م: (**كما إذا تجاحدا**) ش: البيع لأن الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة ، وبلفظ الرد وبجحودهما ، بأن تجاحد البائع لأن الفسخ رفع العقد من الأصل ، والجحود إنكار من الأصل فيجعل أحدهما مجازًا عن الآخر .

م: (**فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ**) ش: بينهما ، ألا ترى إلى ما قالوا في «شرح الجامع الصغير» : إذا قال لآخر : أجرتك هذه الدار بكذا أو بعتك هذا الثوب بكذا، فأخذ الدار أو الثوب وذهب به ، كأن ذلك قبولاً منه ، كذا هذا ، فإن قيل : لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح ، وحرمت على الخصومة أن تتزوج بزوج آخر إقامة لهما مقام الفسخ ، لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره ، إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم ، فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع م: (**وبمجرد العزم**) ش: هذا جواب عما يقال : الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ ، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد ، لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فأجاب المصنف-رحمه الله - بقوله م: (**وبمجرد العزم**) ش: أي بمجرد عزم الرجل .

م: (**وإن كان لا يثبت الفسخ ، فقد اقترن بالفعل**) ش: أي فقد اقترن العزم بالفعل م: (**وهو إمساك الجارية ونقلها**) ش: أي نقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته م: (**وما يضاهيه**) ش: أي وما يشابه ذلك من الأفعال كالكتابة والعرض على البيع والاستخدام لأن إمساكها لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ دلالة كمن قال لآخر : أجرتك هذه الدابة يومًا بكذا لتركبها إلى مكان كذا، فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولاً دلالة ، لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر ، أي ولأن الشأن م: (**لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري**) ش: بجحود العقد م: (**فات رضا البائع**) ش: وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع م: (**فيستبد بفسخه**) ش: فيستقل البائع بفسخ العقد فيجعل عزمه فسخًا ، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتبًا على الفسخ من الجانبين ، وجعل جحوده فسخًا من جانبه . والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع ، وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده .

م: (**قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم**) ش: أي بسبب من الأسباب من استقراض أو ثمن سلعة أو غصب أو وديعة م: (**ثم ادعى أنها زيوف صدق**) ش: أي القول قوله مع يمينه م: (**وفي بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخس الجامع الصغير» م: (**اقتضى**) ش: أي لفظ اقتضى

وهو عبارة عن القبض أيضًا ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق ؛ لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحًا أو دلالة فلا يصدق .

موضع قبض م: (وهو) ش: أي لفظ اقتضى م: (**عبارة عن القبض أيضًا**) ش: ولكن لفظ محمد رحمه الله في أصل «الجامع الصغير» اقتضى .

وفي «المبسوط» أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة ، ثم قال: وجدتها زيوفًا ، فالقول قوله وصل أم فصل ، وقوله في الكتاب : « ثم ادعى أنها زيوف صدق» محمول على هذا أي وصل أم فصل، وبه صرح المحبوبي - رحمه الله - في «جامعه» فقال: هو مصدق وصل أم فصل .

وفي «المبسوط» : في باب الإقرار بالدين : لو قال : لفلان علي ألف من ثمن مبيع ، إلا أنها زيوف أو مبهرجة لم يصدق - رحمه الله - في دعوى الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما يصدق إن وصل ، ولا يصدق إن فصل . ولو أقر بالمال غصبًا أم وديعة ، وقال: هي نبهرجة أو زيوف صدق فصل أو وصل، ولو قال علي ألف من غير ذكر التجارة والغصب ، فقال بعض مشايخنا - رحمه الله - فهو على الخلاف المذكور . وقيل: يصدق هاهنا إذا وصل بالاتفاق، وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : إذا فصل لا يقبل في جميع الصور .

م: (**ووجهه**) ش: أي وجه ما ذكر من تصديقه م: (**أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا**) ش: أي ولكونها من جنس الدراهم م: (**لو تجوز بها في الصرف، والسلم جاز**) ش: إذ لو لم تكن من جنسها ، كان التجويز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز ، وقد تقدم م: (**والقبض لا يختص بالجياد**) ش: هذا جواب عما يقال ، الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق ، وهو الجياد حملاً لجهالته على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك ، ولو أقر بقبض حقه ، ثم ادعى أنه زيوف ، لم يسمع منه ، فكذا هذا ، فأجاب بقوله والقبض لا يختص بالجياد ، للملازمة والزيوف له حق قبضه ، لأنه دون حقه ، والممنوع من القبض ما يزيد على حقه وإذا لم يكن القبض مختصًا بالجياد، فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد ، فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضًا بل هو ينكر قبض حقه م: (**فيصدق لأنه أنكر قبض حقه**) ش: لأن القول قول المنكر مع يمينه .

م: (**بخلاف ما إذا أقر قبض الجياد أو حقه**) ش: أي وأقر أنه قبض حقه م: (**أو الثمن**) ش: أي أو أقر أنه قبض م: (**أو استوفى**) ش: أي أقر أنه استوفى حيث لا يصدق م: (**لإقراره بقبض الجياد صريحًا**) ش: في قوله أنه قبض الجياد م: (**أو دلالة**) ش: في الثلاثة البقية م: (**فلا يصدق**) ش: لأنه

والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق ؛ لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز . والزيف ما زيفه بيت المال . والنبهرجة ما يرده التجار ، والستوقة ما يغلب عليها الغش. قال : ومن قال لآخر: لك عليّ

متناقض . أما في الأول فظاهر وكذا في غيره ، لأن حقه في الجياد ، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقًا أقر بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضًا . وقال السغناقي - رحمه الله - في « النهاية» : جمع المصنف -رحمه الله- بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق ، وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقر بقبض الجياد ، ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً ولا مفصولاً ، وفيما بقي يصدق موصولاً ، ولا يصدق مفصولاً ، ثم أطال الكلام فيه .

م: (**والنبهرجة كالزيوف**) ش: أي في حكم التصديق إذا قال اقتضيت من فلان كذا درهمًا ، ثم ادعى أنها نبهرجة يصدق ، كما إذا قال : إنها زيوفًا م: (**وفي الستوقة لا يصدق ، لأنه ليس من جنس الدراهم**) ش: قال الكاكي - رحمه الله - : ليس هذا الحكم على إطلاقه ، فإنه ذكر في «المبسوط» في الإقرار : ولو أقر قبض خمسمائة مما له على الديون ، ثم قال بعد أن سكت : هي رصاص لم يصدق ، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة ، وإن كان موصولاً فالقول قوله ، لأن الرصاص من الدراهم صورة ، وإن لم يكن منها معنى ، فكان بيانًا مغير الظاهر كلامه إلي ما هو محتمل ، فيصح موصولاً ، وكذلك في الستوقة ، لأن الرصاص أبعد من الستوقة في اسم الدراهم ، والحكم في الرصاص هكذا فيجب أن يكون كذلك بالطريق الأولى م: (**حتى لو تجوز به فيما ذكرنا**) ش: أي في الصرف والسلم م: (**لا يجوز**) ش: لأنه ليس من جنس الدراهم . ثم بين الزيوف والنبهرجة والستوقة ما هي بقوله : م: (**والزيف ما زيفه بيت المال**) ش: أي رده ، وفي المغرب زافت عليه دراهمه ، أي صارت مردودة عليه لغش فيها م: (**والنبهرجة ما يرده التجار**) ش: وقال الكاكي - رحمه الله - : «النبهرج» : الدراهم التي فضتها رديئة ، وقيل : التي فيها الغلبة للفضة ، وقد استعير لكل باطل ومنه يهرج دمه إذا بطل . م: (**والستوقة ما يغلب عليها الغش**) ش: وهو بالفتح أردأ من النبهرجة .

وفي «النوازل» : قال أبو نصر - رحمه الله - : الزيوف هي الدراهم المغشوشة ، والنبهرجة هي التي تضرب من غير دار السلطان ، والستوقة صفر مموه بالفضة ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول : الزيوف ما زيفه بيت المال ، والنبهرجة ما يهرجه التجار ، و«الستوقة» فارسية معربة ، وهي تعريب سدبر . وفي «المبسوط» : الستوقة كالفلوس ، فإنه صفر مموه من الجانبين ، وقيل : معرب سرطاقة أي الطاقة الأعلى والأسفل فضة والأوسط صفر .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ومن قال لآخر : لك علي**

ألف درهم فقال: ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه: بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء ، لأن إقراره هو الأول وقد ارتد برد المقر له . والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه ، بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه ، لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد ،والمعنى أنه حقهما ، فبقي العقد فعمل التصديق . أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافترقا. قال: ومن ادعى على آخر مالاً ، فقال :ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الإبراء ،

ألف درهم فقال) ش: أي المقر له م: **(ليس لي عليك شيء ، ثم قال في مكانه : بل لي عليك ألف درهم فليس عليه)** ش: أي على المقر م: **(شيء لأن إقراره)** ش: المعتبر م: **(هو الأول وقد ارتد برد المقر له. والثاني)** ش: وهو قوله : بل لي عليك ألف درهم م: **(دعوى فلا بد من الحجة)** ش: أي البينة م: **(أو تصديق خصمه)** ش: حتى لو صدقه المقر ثانيًا ، لزمه المال استحسانًا م: **(بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت)** ش: مني هذا العبد م: **(وأنكر الآخر)** ش: يعني أقر بالشراء منه وأنكر المقر له م: **(له أن يصدقه)** ش: بعد ذلك لأن إقراره ، وإن كان مما يحتمل الإبطال ، لكن المقر لم يستقل بإثباته ، فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ ، وهو معنى قوله م: **(لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد)** ش: يعني أن المقر له لا ينفرد بالرد كما أن المقر لا ينفرد بإثباته .

م: **(والمعنى أنه)** ش: أي أن الفسخ م: **(حقهما ، فبقي العقد فعمل التصديق)** ش: بخلاف الأول فإن أحدهما ينفرد بالإثبات ، فينفرد الآخر بالرد وإليه أشار بقوله م: **(أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافترقا)** ش: أي الحكمان المذكوران .

وقال الأكمل -رحمه الله-: قلت : إن عزم المقر على ترك الخصومة ، وجب أن لا يفيد التصديق بعد الإنكار ، فإن الفسخ قد تم ، ولهذا ، لو كانت جارية حل وطأها كما تقدم ، ويجوز أن يقال : إن قوله «ثم قال في مكانه» إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كان دليل الفتح ، وبه سقط .

قال في «الكافي» : ذكر في «الهداية» أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ ، وذكر قبله، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري ، فات رضا البائع ، فيستبد بفسخه ، والتوفيق بين كلامه صعب ، وذلك أنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد ، وهاهنا قال: لما أقر المشتري في مكانه بالشراء ، لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ .

م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: **(ومن ادعى على آخر مالاً فقال: ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على ألف ، وأقام هو البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته ، وكذلك على الإبراء)** ش: يعني لما تقبل البينة على القضاء ، فقيل أيضًا

وقال زفر - رحمه الله -: لا تقبل ؛لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضًا. ولنا أن التوفيق ممكن ؛لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعًا للخصومة والشغب ، الا ترى أنه يقال قضى بباطل، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي ، وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء قط ، لأن التوفيق أظهر . ولو قال: ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء ، وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق ؛ لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة . وذكر القدوري -رحمه الله - أنه تقبل أيضًا ؛ لأن المحتجب

على الإبراء . م: (**وقال زفر - رحمه الله -: لا تقبل**) ش: وبه قال ابن أبي ليلى - رحمه الله - م: (**لأن القضاء يتلو الوجوب**) ش: لأنه تسليم مثل الواجب م: (**وقد أنكره فيكون مناقضًا**) ش: في دعواه ، وقبول النية تقتضي دعوى صحيحة م: (**ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعًا للخصومة والشغب**) .

م: (**الا ترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أنه يقال قضى بباطل**) ش: كما يقال قضى بحق م: (**وقد يصالح على شيء**) ش: بالإنكار م: (**فيثبت ثم يقضي**) ش: أي يؤدي ، والقضاء يجيء بمعنى الأداء . قال الله تعالى : ﴿ **فإذا قضيت الصلاة** ﴾ (الجمعة : الآية ١٠) فإذا أديت م: (**وكذا إذا قال**) ش: أي الرجل المخاطب عند دعوى المال عليه : م: (**ليس لك على شيء قط ؛لأن التوفيق أظهر**) ش: لأن يقول ليس لك علي شيء في الحال لأني قد قضيتك حقك ، أو لأنك أبرأتني ، ألا ترى أنه لو صرح به يصح ، وهذا لأن ليس لنفي الحال . فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً ما لو دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه .

واستدلال الخصاف - رحمه الله - لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص ، والرق فقال : ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عمد ، فلم تثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء أو العفو أو الصلح معه على مال قبلت ، وكذا لو ادعى رقبة جارية ، فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت إليه قبلت .

م: (**ولو قال: ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء**) ش: أي وكذا لا تقبل بينته على الإبراء م: (**لتعذر التوفيق ؛ لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة**) ش: فتعذر التوفيق فبطلت البينة .

م: (**وذكر القدوري - رحمه الله -**) ش: أي عن أصحابنا - رحمهم الله - : م: (**أنه**) ش: أي أن بينته على تأويل البرهان م: (**تقبل أيضًا**) ش: على القضاء م: (**لأن المحتجب**) ش: أي الرجل المحتجب، وهو الذي لا يراه كل أحد لعظمته . وقال تاج الشريعة : المحتجب الذي لا يتولى

أو المخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه ، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ، ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق . قال: ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال: لم أبعها منك قط ، فأقام المشتري البينة على الشراء ، فوجد بها أصبعًا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع . وعن أبي يوسف- رحمه الله - أنه تقبل اعتباراً بما ذكرنا . ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضًا بخلاف الدين ، لأنه قد يقضي وإن كان باطلاً على ما مر . قال : ذكر حق

الأمور بنفسه م: (**أو المخدرة**) ش: أي المرأة المخدرة وهي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم م: (**قد يؤدي بالشغب على بابه**) ش: الشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين ، وقال الجوهري: الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب م: (**فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ، ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق**) ش: من حيث أنه عرفه بعد إرضائه بلا معرفة . وقال فخر الدين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» : فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الأعمال بنفسه ، لا تقبل بينته ؛ لأنه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه ، وقيل: تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل اتفاق الروايات ، لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال: لم أبعها منك قط ، فأقام المشتري البينة**) ش: أي أقام المدعي البينة م: (**على الشراء**) ش: منه م: (**فوجد**) ش: أي المشتري م: (**بها**) ش: أي الجارية م: (**أصبعًا زائدة**) ش: خص هذا العيب بالذكر دون عيب آخر ، لما أنه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة م: (**فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع**) ش: لأن التوفيق بين الكلامين متعذر .

م: (**وعن أبي يوسف** - رحمه الله -: **أنه**) ش: أي بينة البائع م: (**تقبل اعتباراً بما ذكرنا**) ش: أراد به ما ذكره في مسألة البائع وكيلاً من المالك في البيع ، فكان المالك في قوله ما بعتها صادقًا ، ثم المالك في دعواه السواء من كل عيب ، لا يكون مناقضًا م: (**ووجه الظاهر**) ش:أي ظاهر الرواية م: (**أن شرط البراءة**) ش: عن العيب م: (**تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع**) ش: لأن الصفة بدون الموصوف بدون الموصوف غير مقصودة م: (**وقد أنكره**) ش:أي والحال أن البائع قد أنكر م: (**فكان مناقضًا**) ش: لأن دعوى البراءة تقضي سابقة العقد فلا تسمع بينته م: (**بخلاف الدين**) ش: فإن هناك تقبل بينة المطلوب على القضاء والإبراء بعد إنكاره أصل الدين إذ التوفيق ممكن ، بأن يقول: ما كان لك علي شيء قط ، غير أني دفعت المال قطعًا للخصومة والملامة ، فلما جحدتني أثبته ، كذا ذكره المحبوبي م: (**لأنه**) ش: أي لأن الدين م: (**قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر**) ش: عند قوله لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-: م: (**ذكر حق**) ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله -

كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى ، أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -وقالا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص ، وعلى من قام بذكر الحق ، وقولهما استحسان ذكره في الإقرار ، لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ؛لأن الذكر للاستيثاق ،وكذا الأصل في الكلام الاستبداد ، وله أن الكل كشيء واحد

أي كتاب إقرار بدين ، وقال الكاكي - رحمه الله - : قوله ذكر حق أي صك يعني لو كتب ذكر إقرار على نفسه ثم م: (**كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي فيه إن شاء الله تعالى، أو كتب في شراء**) ش: يعني كتب ذكر إقرار في شراء ، يعني في صك الشراء ، ثم كتب في آخره وما أدرك فلانًا من الدرك م: (**فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله**) ش: يعني يبطل الصك كله حتى يبطل الدين الذي فيه ، ويفسد الشراء ، وصورتها في «الجامع الصغير» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - : في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في أسفله إن شاء الله تعالى ، أو يكتب الشراء فيكتب في أسفله فما أدرك فيه فلانًا من درك ، فعلى فلان خلاصه إن شاء الله تعالى ، قال: إن شاء الله يبطل الدين ، ويفسد الشراء وهذا معنى قوله م: (**وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: يعني بطلان الصك كله .

م: (**وقالا**) ش: أي أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**إن شاء الله تعالى هو على الخلاص**) ش: يعني قوله إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه م: (**وعلى من قام بذكر الحق**) ش:والشراء صحيح والمال المقر به لازم م: (**وقولهما**) ش: أي وقول أبي يوسف - رحمه الله - م: (**استحسان ذكره**) ش:، أي ذكره محمد - رحمه الله - م: (**في الإقرار**) ش: من« المبسوط» م: (**لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه**)

ش: أي لأن الصك يشتمل على إنشاء ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف إلى الذي يليه م: (**لأن الذكر**) ش: أي الصك يكتب م: (**للاستيثاق**) ش: والتأكيد لا للإبطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه م: (**وكذا الأصل في الكلام الاستبداد**) ش: أي الاستقلال فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبًا ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه .

والجواب : أن الذكر للاستيثاق مطلقًا ، وإذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى ، والثاني مسلم ، والأول عين النزاع ، والأصل في الكلام الاستبداد إذ لم يوجد ما يدل على خلافه ، وقد وجد ذلك وهو العطف .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة- رحمه الله -م: (**أن الكل**) ش: فيما نحن فيه م: (**كشيء واحد**

بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة ، مثل قوله عبده حر وامرأته طالق ، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ، ولو ترك فرجة قالوا : لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت ،والله أعلم بالصواب .

بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة) ش: بعضها على بعض م: (**مثل قوله عبده حر وامرأته طالق ، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى**) ش: فإنه ينصرف إلى الجميع ولا يلزمه شيء م: (**ولو ترك فرجة**) ش: أي موضع بياض قبل قوله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى .

م: (**قالوا**) ش: المشايخ - رحمهم الله - : م: (**لا يلتحق**) ش: أي قوله : « إن شاء الله » حينئذ م: (**به**) ش: أي بجميع الصك ، بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق م: (**ويصير كفاصل السكوت**) ش: أي تلك الفرجة كالسكوت في النطق ، فإن قيل : ينبغي أن لا يكتب قوله ومن قام الآخر أنه توكيل ، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه ، لأنه توكيل لمجهول ، والمجهول لا يصلح وكيلاً ، قلنا : الغرض من كتابته إثبات رضا المعز بتوكيل من يوكله المقولة بالخصومة معه على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بصائر ، لأنه في الإسقاط ، والإسقاطات تصح مع الجهالة ، كما في الصلح على الإنكار .

وقيل : هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبو حنيفة - رحمه الله - : فإن الرضى بالوكالة المجهولة عنده لا تثبت ، فوجوده كعدمه ، قلت ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بغير رضا الخصم مطلقًا ، والله أعلم .

* * *

فصل في القضاء بالمواريث

قال: وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت : أسلمت بعد موته ، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة، وقال زفر - رحمه الله -: القول قولها؛ لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال ، كما في جريان ماء الطاحونة ،وهذا ظاهر ، نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق، ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت: أسلمت قبل موته ،وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضًا ولا يحكم الحال ، لأن تحكيمه يؤدي إلى

فصل في القضاء بالمواريث

أي هذا فصل في بيان أحكام القضاء بالمواريث ، وهو جمع ميراث ، أصله متوارث ، قلبت الواو ياء لسكونها ، وإنكار ما قبلها وهو اسم مثل الإرث ولما كان الموت آخر أحوال البشر ذكر الأحكام المتعلقة به آخرًا م: (**قال: وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة : أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» .

وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**وقال زفر - رحمه الله - القول قولها**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - (**لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات**) ش: فيجعل موجودًا بعد الموت لا قبله .

م: (**ولنا أن سبب الحرمان**) ش: أي سبب حرمان المرأة وهو إسلامها من ميراث زوجها النصراني م: (**ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيمًا للحال**) ش: أي باستصحاب الحال وتحكيم المال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق

م: (**كما في جريان ماء الطاحونة**) ش: فإن ربها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه بحكم الحال ، فإن كان جاريًا في الحال ، كان القول قول رب الطاحونة ، وإن لم يكن جاريًا كان القول قول المستأجر م: (**وهذا**) ش: أي تحكيم الحال م: (**ظاهر**) ش: نحن م: (**نعتبره للدفع**) ش: أي لدفع استحقاقها الميراث م: (**وما ذكره**) ش: أي : زفر - رحمه الله - م: (**يعتبره للاستحقاق**) ش: وفي بعض النسخ : وما ذكره أي زفر - رحمه الله -، والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق .

م: (**ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة :لا بل أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضًا**) ش: أي للورثة م: (**ولا يحكم الحال**) ش: أي لا يقال إنها مسلمة في الحال فتكون مسلمة قبل موته فلا يحكم الحال م: (**لأن تحكيمه يؤدي إلى**

جعله حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون، ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضًا ، قال : ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة ،فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره ، فإنه يدفع المال إليه ، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة ، فصار كما إذا أقر

جعله حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه) ش: أي إلى الاستحقاق وهو لا يصلح لذلك ، وبه يتم الدليل وقوله م: **(أما الورثة ، فهم الدافعون)** ش: إشارة إلى معنى آخر ، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب ، أما في الأولى ، فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت لما تبعه فيما مضى، ثم جاءت مسلمة ، فادعت إسلامًا حادثًا ، فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى الأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول ، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال الأصل فيه أن يكون موجودًا فيما مضى ، وهو من النوع الثاني .

فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها ، كان استصحاب الحال مثبتًا ، وهو باطل ، فاعتبرنا الثاني ليكون دافعًا ، فبالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت ، وبالنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتًا قبل موته . فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتًا ، وهو لا يصلح ، فاعتبرنا الأول ليكون دافعًا ، والورثة هم الدافعون فيتقيد بهم الاستبدال به وقوله : م: **(ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضًا)** ش: دليل آخر وهو أن الإسلام حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات .

فإن قيل : إن كان ظاهر الحدوث معتبرًا في الدلالة، كان ظاهر في المسألة الأولى معارضًا للاستصحاب ويحتاج إلى مرجع . والأصل عدمه ،فالجواب : أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات .

وزفر - رحمه الله - يعتبره للإثبات . وقال الأكمل - رحمه الله - : ونوقض بنقض إجمالي، وهو أن ما ذكرتم على الاستصحاب لا يصلح للإثبات ، ولو كان صحيحًا بجميع مقدماته لما قضى فيه بالأجر على المستأجر ، إذا كان ماء الطاحونة جاريًا عند الاختلاف ، لأنه استدلال به لإثبات الأجر .

والجواب : أنه استدلال به لدفع ما يدعي المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب بسقوط الأجر ، فإنه بالعقد السابق الموجب له ، فيكون دافعًا لا موجبًا . إلى هنا كلامه ، ثم قال: واعتبر هذا واستغنى عما في «النهاية » .

م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير» : م: **(ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع)** ش: أي الذي عنده الوديعة م: **(هذا ابن الميت لا وارث له غيره ، فإنه)** ش: أي فإن المستودع م: **(يدفع المال إليه)** ش: أي إلى ابن الميت م: **(لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة)** ش: أي من حيث الخلافة عن الميت . م: **(فصار)** ش: حكم هذا م: **(كما إذا أقر)**

أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض ، أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه ؛ لأنه أقر بقيام حق المودع ، إذ هو حي فيكون إقراراً على مال الغير ولا كذلك بعد موته ، بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض؛ لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه ولو قال المودع لآخر : هذا ابنه أيضًا ، وقال الأول: ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول؛ لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابنًا انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول ابنًا معروفًا ، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح ، وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح .

ش: أي المستودع م: (أنه حق المورث) ش: بكسر الراء م: (وهو حي) ش: أي والحال أنه حي م: (أصالة) ش: أي من حيث الأصالة م: (بخلاف ما إذا أقر) ش: أي المستودع م: (لرجل أنه وكيل المودع) ش: بكسر الدال م: (بالقبض أو أنه اشتراه منه)

ش: أي أقر أن الرجل المقر له عين الوديعة من المودع م: (حيث لا يؤمر بالدفع إليه ؛لأنه أقر بقيام حق المودع) ش: بكسر الدال م: (إذ هو حي) ش: أي والحال أنه حي م: (فيكون) ش: إقراره م: (إقراراً على مال الغير) ش: فلا يصح لأن إقراره حجة قاصرة عليه ، فلا يصح في حق الغير م: (ولا كذلك) ش: أي وليس الحكم كما ذكره م: (بعد موته) ش: أي بعد موت المودع .

م: (بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض) ش: يعني إذا أقر المديون لرجل أنه وكيل صاحب الدين يقبض الدين حيث يؤمر بالدفع م: (لأن الديون تقضى بأمثالها) ش: لا بأعيانها م: (فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه) ش: ومن أقر على نفسه يؤمر بالخروج عن عهدته . م: (ولو قال المودع) ش: بفتح الدال م: (لآخر) ش: أي لشخص آخر : م: (هذا ابنه أيضًا وقال الأول) ش: أي الابن الأول : م: (ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول ، لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابنًا) ش: أي الابن الأول ليس له ابن غيري يقضي بالمال للأول ؛ لأنه لما صح إقراره للأول م: (انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول) ش: أي الابن الأول م: (ابنا معروفًا) ش: لأنه لا مزاحم له م: (ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له) ش: يعني لم يكذب به أحد م: (فصح) ش: أي إقراره م: (وحين أقر للثاني) ش: أي للابن الثاني م: (له مكذب) ش: وهو الابن الأول م: (فلم يصح) ش: واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره ، فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول . وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي ، وأما إن كان الدفع بقضاء ، كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعًا ، فلا يلزمه الإقرار .

قال : وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة ، وهو ظلم وهذا وعند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا : يأخذ الكفيل ، والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود: لا نعلم له وارثًا غيره .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل**) ش: أي من الغرماء م: (**ولا من وارث**) ش: أي ولا يؤخذ أيضًا كفيل من وارث م: (**وهذا شيء**) ش: أي أخذ الكفيل الشيء م: (**احتاط به بعض القضاة**) ش: وكان ابن أبي ليلى- رحمه الله - يفعل كذلك بالكوفة في قضائه م: (**وهو ظلم**) ش: هذا دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب ، ونص على أن الإمام أسبق الأئمة أبا حنيفة -رحمه الله- وأصحابه براء عن مذهب أهل الاعتزال ، حيث قالوا كل مجتهد مصيب م: (**وهذا**) ش: أي عدم أخذ الكفيل من الغرماء والوارثم: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله-**) .

م: (**وقالا: يأخذ الكفيل**) ش: أي لا يدفع المال إليهم حتى يأخذ الكفيل ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد - رحمه الله - ، وقال في قول آخر : لا يجب أخذ الكفيل ؛ بل يستحب . وقيل: إن كان الوارث ممن يحجب وجب ، وإلا فلا ، وقيل: إن كان الوارث مأمونًا لا يجب ، وإن كان غير مأمون يجب ، وقال الكاكي -رحمه الله - : وهذا الدفع إلى الوارث ، إنما يصح إذا كان وارثًا لا يحجب بغيره ، وإن كان يحجب بغيره لا يدفع المال إليه .

وإن كان وارثًا يختلف نصيبه ولا يحجب ، ويدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وعند محمد - رحمه الله - : أوفر النصيبين ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه ، وقول أبي حنيفة - رحمه الله - مضطرب ، ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» .

م: (**والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود :لا نعلم له وارثًا غيره**) ش: قيد بقوله ولم يقل الشهود . . إلى آخره ، لأنهم إذا قالوا ذلك ، يدفع إليه المال بلا أخذ كفيل بالاتفاق ، وعند ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يثبت إرثه حتى يقول الشهود : لا وارث له سواه، ويأخذ الكفيل عنده في هذه الصورة أيضًا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه، وقال في وجه : يجب أخذ الكفيل في جميع الصور .

وإذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ، ولم يشهدوا على عدد الورثة ، ولم يقولوا في شهادتهم: لا نعلم له وارثًا غيره ، فإن القاضي يتلوم زمانًا على قدر ما يرى ، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان

لهما أن القاضي ناظر للغيب . والظاهر أن في التركـة وارثًا غائبًا أو غريمًا غائبًا ؛لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع الآبق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله. ولأبي حنيفة- رحمه الله -: أن حق الحاضر ثابت قطعًا أو ظاهرًا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل ، كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل،ولأن المكفول له مجهول ، فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء ،بخلاف النفقة

الحاضرممن لا يحجب حرمانًا كالأب والابن وإن كان يحجب بغيره كالجد والأخ ، فإنه لا يدفع إليه ، وإن كان ممن يحجب نقصانًا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين ، وهو النصف والربع عند محمد - رحمه الله- ،وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف - رحمه الله - ،وقول أبي حنيفة -رحمه الله- مضطرب .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - : م: (**أن القاضي ناظر للغيب**) ش: بضم الغين المعجمة وتشديد الياء جمع غائب م: (**والظاهر أن في التركة وارثًا غائبًا أو غريمًا غائبًا ؛ لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع**) ش: القاضي اللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه ، فإنه يأخذ منه كفيلاً م: (**الآبق واللقطة**) ش: أي وكما إذا دفع العبد الآبق م: (**إلى صاحبه**) ش: فإنه يأخذ منه كفيلاً احتياطًا م: (**أو أعطى**) ش: أي وكما إذا أعطى م: (**امرأة الغائب النفقة من ماله**) ش: أي من مال الزوج بأن كان عند إنسان وديعة يقر بها المودع ويقر بقيام النكاح ، فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلاً احتياطًا .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله - :أن حق الحاضر ثابت قطعًا**) ش: فيما إذا كان القاضي يعرف يقينًا أنه لا وارث لميت غير الحاضر م: (**أو ظاهرًا**) ش: فيما إذا لم يعرف القاضي وارثًا آخر واحتمل وجود الآخر وعدمه ، فإذا كان الأمر كذلك م: (**فلا يؤخر**) ش: أي حق الحاضر م: (**لحق موهوم إلى زمان التكفيل**) ش: لأن القاضي ليس بمكلف بإظهاره ، بل بما ظهر عنده من الحجة ، فكان العمل بالظاهر واجبًا عليه م: (**كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل**) ش: أي من المشتري أو من رب الدين مع احتمال مشتر آخر ودين آخر .

فلو أخذ الكفيل بناء على هذا الاحتمال يكون الأدنى معارضًا على الحجة الأعلى وأنه لا يجوز م: (**ولأن المكفول له مجهول**) ش: هذا دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل ، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ، وهنا المكفول له مجهول فلا يصح .

م: (**فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء**) ش: ولم يعين من هو ، فإنه لا يصح م: (**بخلاف النفقة**)

لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان . والأصح أنه على الخلاف ، وقيل: إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد ، يكفل بالإجماع ؛ لأن الحق غير ثابت . ولهذا كان له أن يمنع . وقوله: ظلم ، أي ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن مذهبه -رحمه الله- أن المجتهد يخطئ ويصيب ،لا كما ظنه البعض. قال : وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ،

ش: هذا جواب عما استشهد به من المسائل أما النفقة م: (**لأن حق الزوج ثابت**) ش: في الوديعة م: (**وهو**) ش: أي الزوج م: (**معلوم**) ش: أيضًا فصحت الكفالة .

م: (**وأما الآبق واللقطة ففيه**) ش: أي ففي كل واحد منهما م: (**روايتان**) ش: قال في رواية : لا أحب أن يأخذ منه كفيلاً ، وقال في رواية : أحب إلي أن يأخذ منه كفيلاً م: (**والأصح أنه على الخلاف**) ش: المذكور إذا ظهر الاستحقاق بالبينة ، وقالوا في «شروح الجامع الصغير» ، والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، فعلى ما قالوا لا يصح قياسًا على تلك المسألة .

م: (**وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد**) ش: فإنه لمن يطلبه م: (**يكفل بالإجماع ؛ لأن الحق غير ثابت**) ش: لأن العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل ذلك م: (**كان له**) ش: أي للقاضي م: (**أن يمنع**) ش: أي من الدفع ، فصح تأخيره للتكفيل صيانة للقضاء .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول أبي حنيفة - رحمه الله - في «الجامع الصغير» حين سأله أبو يوسف - رحمه الله - عن مسألة قسمة الميراث بين الغرماء م: (**ظلم أي ميل عن سواء السبيل**) ش: إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله : م: (**وهذا**) ش: أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه م: (**يكشف عن مذهبه- رحمه الله -**) ش: أي مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أن المجتهد يخطئ وصيب لا كما ظنه البعض**) ش: وهم المعتزلة أن كل مجتهد مصيب ، على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإنما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال ليوسف بن خالد السمتي - رحمه الله - : كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد ، قلنا : معناه مصيب في الاجتهاد ، حتى يكون مثابًا ، وإن وقع اجتهاده مخالفًا عند الله عز وجل . فقد قال محمد - رحمه الله - لو تلاعنا ثلاثًا ففرق القاضي بينهما ، فقد قضاه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صوابًا ، مع فتواه أنه يخطئ بالحق عند الله عز وجل ، كذا في « التقويم » .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله -[في] «الجامع الصغير»م: (**وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر**) ش: أي رجل آخر م: (**البينة أن أباه مات وتركها**) ش: أي الدار م: (**ميراثًا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف**) ش: أي بنصف الدار م: (**وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ،**

أما الوصية فأخت الميراث؛ لأنها خلافة كهي، فلا تختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله ، وهو مال الزكاة .أما الوصية فتقع في حال الاستغناء ، فينصرف إلى الكل ، وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنها سبب الصدقة ، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده . وعند محمد - رحمه الله - لا تدخل لأنها سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده ، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع ؛لأنه يتمحض مؤنة . ولو قال: ما أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل: يتناول كل مال ؛ لأنه أعم من لفظ المال ،

بعرفات ، أو لأنه في معنى الصلاة ، لأنه انتظار أوقات الصلاة ، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة .

م: (**أما الوصية فأخت الميراث لأنها**) ش: أي لأن الوصية م: (**خلافة كهي**) ش: أي كالوراثة أن في كل منهما تمليك مضافًا إلى ما بعد الموت م: (**فلا تختص**) ش: أي الوصية م: (**بمال دون مال**) ش: كالميراث لا يختص بمال الزكاة م: (**ولأن الظاهر**) ش: دليل آخر ، أي ولأن الظاهر من حال الناذر م: (**التزام الصدقة من فاضل ماله، وهو مال الزكاة**) ش: لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة .

م: (**أما الوصية فتقع في حال الاستغناء**) ش: عن الأموال م: (**فينصرف إلى الكل**) ش: أي كل الأموال م: (**وتدخل فيه**) ش: أي في النذر م: (**الأرض العشرية عند أبي يوسف -رحمه الله -؛ لأنها**) ش: أي لأن الأرض العشرية م: (**سبب الصدقة**) ش: وهي العشر ، فكانت الأرض العشرية بمنزلة مال التجارة من حيث أنها من جنس مال الزكاة التي يجب فيها الصدقة .

ولا يقال في عشر يعني المؤنة بالحديث، فقال المصنف -رحمه الله - : م: (**إذ جهة الصدقة**) ش: أي العبادة م: (**في العشرية راجحة عنده**) ش: أي عند أبي يوسف -رحمه الله .

م: (**وعند محمد - رحمه الله -: لا تدخل لأنها**) ش: أي لأن الأرض العشرية على تأويل المكان أو لتذكير الخبر ، كما في قوله ﴿**هذا ربي**﴾ م: (**سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده**) ش: أي عند محمد -رحمه الله- ، وذكر الإمام التمرتاشي -رحمه الله- قول أبي حنيفة-رحمه الله- مع محمد -رحمه الله - : م : (**ولا تدخل**) ش: أي في النذر م: (**أرض الخراج بالإجماع**) ش: لأن مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء وقوله م: (**لأنه يتمحض مؤنة**) ش: يتعلق بقوله : ولا يدخل .

م: (**ولو قال : ما أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل : يتناول كل مال**) ش: وهو رواية أبي يوسف -رحمه الله - عن أبي حنيفة -رحمه الله - ذكره في «الأمالي» وإليه ذهب محمد بن إبراهيم الميداني -رحمه الله -م: (**لأنه أعم من لفظ المال**) ش: إذ الملك يطلق على المال وعلى غيره، يقال : ملك النكاح ، وملك القصاص وملك المتعة ، بخلاف ما لو قال: عبده حر إن

والمقيد إيجاب الشرع، وهو مختص بلفظ المال ، فلا مخصص في لفظ الملك ، فبقي على العموم، والصحيح أنهما سواء ؛ لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر، ثم إذا لم يكن له مال سوى مـا دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ، ثم إذا أصـاب شيئًا تصـدق بمثل ما أمسك ؛ لأن

أملك إلا خمسين درهمًا ، فإن ذلك ينصرف إلى مال الزكاة ، وإن نص على لفظ الملك ذكره في «الجامع» ، لأن بقرينة الاستثناء أن المراد من الملك المال ، إذ استثناء الدراهم يدل أن المستثنى من جنسه .

كذا ذكره المحبوبي -رحمه الله- م: (**والمقيد**) ش: بتشديد الياء المكسورة ، هذا جواب عما يقال الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة ، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية ، وتقرير الجواب أن المقيد م: (**إيجاب الشرع**) ش: أي المقيد بمال الزكاة إيجاب الشرع م: (**وهو مختص بلفظ المال**) ش: قال الله عز وجل : ﴿ **خذ من أموالهم صدقة** ﴾ (التوبة : الآية ١٠٣)

وقال ﷺ : «**هاتوا ربع عشر أموالكم** » م: (**فلا مخصص في لفظ الملك**) ش: إذ لم يوجد من الله عز وجل إيجاب الصدقة مضافًا إلى الملك تخصيصًا بأموال الزكاة م: (**فبقي على العموم**) ش: وفيه نظر ؛ لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبرًا بإيجاب الشرع .

م: (**والصحيح أنهما**) ش: أي أن لفظ «**مالي وما أملك**» م: (**سواء**) ش: فيما نحن فيه ، يعني يختصان بالأموال الزكوية ، وهو اختيار شمس الأئمة -رحمه الله- ذكره في «مبسوطه»وهو اختيار أبي بكر البلخي -رحمه الله- ؛ م: (**لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة**) ش: الملتزم بفتح الزاي .

وأراد باللفظين قوله : مالي في المساكين صدقة ، وقوله : ما أملك صدقة في المساكين ببيان هذا أن الملتزم بالصدقة ، والصدقة إنما تجب على العبد شرعًا في المال الفاضل عن الحاجة .

وكذا في إيجاب العبد على نفسه ، والفاضل عن الحاجة مال الزكاة ، فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكاة بدلالة لسان لفظ الصدقة ، هكذا بخط شيخي العلامة -رحمه الله- م: (**على ما مر**) .

ش: قال الكاكي -رحمه الله- : إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وليس بواضح، لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله م: (**والمقيد إيجاب الشرع**) ش:وهو بلفظ المال، ولعله إشارة إلى قوله: «ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله» .

م: (**ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته**) ش: لأن حاجته هذه مقدمة ، إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه ، وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه م: (**ثم إذا أصاب شيئًا**) ش: يعني إذا حصل له شيء من الدنيا م: (**تصدق بمثل ما أمسك لأن**

حاجته هذه مقدمة ، ولم يقدر محمد رحمه الله لاختلاف أحوال الناس فيه .وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر،وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال .وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله . قال : ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئًا من التركة ، فهو وصي والبيع جائز ،ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضًا ؛ لأن الوصاية إنابة بعد الموت ، فتعتبر بالإنابة قبله ، وهي الوكالة.

حاجته هذه مقدمة) ش: على الصدقة وغيرها م: (**ولم يقدر محمد - رحمه الله -**) ش: على صيغة المجهول يعني لم يبين في «المبسوط» مقدار ما يمسك م: (**لاختلاف أحوال الناس فيه**) ش: بكثرة العيال وقلتها .

م: (**وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم**) ش: أي لأجل نفقة يوم ، لأن يده تصل إلى ما ينفق يومًا فيومًا م: (**وصاحب الغلة**) ش: أي صحاب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها م: (**لشهر**) ش: أي يمسك منه لأجل قوره لشهر واحد م: (**وصاحب الضياع لسنة**) ش: أي يمسك صاحب الضيعة لأجل قوت سنة ، لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنة فسنة م: (**على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال**) ش: تارة يصل إلى المال عند معنى نصف سنة ، وتارة في آخر سنة م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا الاعتبار م: (**صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله**) ش: اعتبارًا لتفاوت وصولهم إلى المال .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**ومن أوصى إليه**) ش: على صيغة المجهول م: (**ولم يعلم بالوصاية**) ش: أي ولم يعلم أنه وصي م: (**حتى باع شيئًا من التركة، فهو وصي والبيع جائز ، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم**) ش: إنه وكيل لتوقف التوكيل على العلم . وقال أحمد- رحمه الله -: لا يتوقف التوكيل على العلم ، كالوصاية .

وفي «الجامع» فإذا أعلمه إنسان فباع فهو جائز ، ولا يكون نهيًا عن الوكالة ، حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل ، هذا لفظ محمد - رحمه الله - فيه ،وفي شروحه أن عندهما يثبت العزل بخبر الواحد ، سواء كان عدلاً أو فاسقًا أو عبدًا أو حرًا أو غير ذلك كالوكالة .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضًا**) ش: يعني لا يجوز بيع الوصي أيضًا ، قيل : العلم بالوصاية اعتبارًا بالوكالة م: (**لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله**) ش: أي قبل الموت م: (**وهي الوكالة**) ش: أي الإنابة قبل الموت هي الوكالة .

قال الكاكي - رحمه الله - : قوله : لأن الوصاية إنابة ، أي جعل الوصي نائبًا عن نفسه ، والإنابة يعني جعل الغير نائبًا عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداولة بين الناس ، بل هي

ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة ، فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا لأنه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي ، ومن أعلمه من الناس بالوكالة

مستعملة فيها بمعنى الرجوع ، كقولهم أناب إلى الله أي رجع . فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال الإنابة ، بمعنى جعل الغير نائبًا عن نفسه ، قال شيخي العلامة صاحب « النهاية» : ليس هذا هو موضع عيب إذ صاحب «الكشاف» استعملها في ذلك في «الكشاف» في سورة الروم ، وكفى قوله حجة في اللغة ؛ انتهى .

قلت : لا يحتاج إلى هذه الحوالة ، فإن الجوهري قال : ناب عني فلان أي قام مقامي ، ويستخرج منه صحة قول المصنف .

م: (**ووجه الفرق**) ش: بينهما م: (**على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة**) ش: وهو بعد الموت م: (**فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث**) ش: بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح . م: (**أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا**) ش: أي توقف الوكالة على العلم وعدم توقف الوصية عليه .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن التوكيل م: (**لو توقف على العلم**) ش: أي على العلم ، وفي بعض النسخ لأنها لو توقفت عليه أي توقفت الوكالة على العلم م: (**لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي**) ش: أراد بالأول من الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر لعجز الموصي ، لعدم قدرته ، ثم اعلم أن هذا الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة إذا ثبتت مقصودة ، وكذلك إذن الصبي والعبد بالتجارة ، إن كان قصداً لا يثبت بدون العلم ، لأن الإذن من الآذان ، يعني الإعلام ، والإعلام لا يتصور بدون العلم .

أما إذا ثبتت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف ، ففيه روايتان : نحو أن يقول الموكل لرجل : اذهب بعبدي إلى فلان فيبيعه فلان منك ، فذهب الرجل بالعبد إليه ، وأعلمه أن صاحب العبد أمره ببيعه ، فاشتراه صح شراؤه منه ، وإن لم يخبره بذلك ، واشتراه منه ، ذكر محمد - رحمه الله- في كتاب «الوكالة» أن البيع جائز ، وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع .

وذكر في كتاب «الزيادات» أنه لا يجوز البيع ، وأما العزل القصدي لا يصح بدون العلم ، والحكم يصح بدونه ، كما إذا مات الموكل ، ونحو ذلك ، وكذلك الحي .

م: (**ومن أعلمه**) ش: أي من أعلم الوكيل م: (**من الناس بالوكالة**) ش: أطلق اسم الناس

يجوز تصرفه ؛لأنه إثبات حق لا إلزام أمر. قال :ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .وقالا : هو والأول سواء ؛ لأنه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية . وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه ، فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة ، بخلاف الأول ، وبخلاف رسول الموكل؛ لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ، وعلى هذا الخلاف

ليتناول كل مميز صغير أو كبير أو كافر أو مسلم م: (**يجوز تصرفه ، لأنه إثبات حق لا إلزام أمر**) ش: أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام ، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف . وفي «أصول شمس الأئمة» - رحمه الله - : المعاملات لا إلزام فيها ، كالوكالات ، والمضاربات ، والإذن للعبد في التجارة يكفي فيها خبر الواحد .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - لا يثبت الوكالة والعزل عنها بخبر الواحد ، وهذا من باب المعاملات ، ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة م: (**ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده**) ش: أي عند الوكيل م: (**شاهدان أو رجل عدل**) ش: والمراد من الشهادة الإخبار ، إذ لفظ الشهادة ليس بشرط ، ذكره في «جامع قاضي خان» - رحمه الله - م: (**وهذا**) ش: أي اشتراط الشاهدين أو رجل عدل م: (**عند أبي حنيفة رحمه الله**) .

م: (**وقالا: هو**) ش: أي النهي عن الوكالة م: (**والأول**) ش: هو الإعلام بالوكالة م: (**سواء**) ش: في الاكتفاء بخبر الواحد م: (**لأنه**) ش: أي لأن العزل م: (**من المعاملات وبخبر الواحد**) ش: أي وبإخبار الواحد م: (**فيها**) ش: أي في المعاملات م: (**كفاية**) ش: فيثبت بخبر الفاسق اعتباراً بالوكالة ، والإذن للعبد في التجارة بخلاف الديانات ، فإنها لا تثبت بخبر الفاسقين ، فلأن لا تثبت بخبر الواحد الفاسق أولى ، كذا ذكره المحبوبي - رحمه الله .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - : م: (**أنه**) ش: أي أن العزل م: (**خبر ملزم**) ش: أما كونه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام ، وأما كونه ملزم لأنه يلزم الامتناع عن التصرف م: (**فيكون شهادة من وجه**) ش: دون وجه . فمن حيث أنه ضرر يلزم الوكيل من حيث منعه عن التصرف تشترط الشهادة م: (**فيشترط أحد شطريها**) ش: أي أحد شطري الشهادة م: (**وهو**) ش: أي أحد شطري الشهادة م: (**العدد**) ش: بأن يكون اثنان م: (**أو العدالة**) ش: بأن يكون واحداً عدلاً م: (**بخلاف الأول**) ش: أي التوكيل ؛ لأنه لا إلزام فيه بوجه م: (**وبخلاف رسول الموكل**) ش: فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك م: (**لأن عبارته**) ش: أي عبارة الرسول م: (**كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال**) ش: إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله . م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه في اشتراط أحد

إذا أخبر المولى بجناية عبده، والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا، قال: وإذا باع القاضي أو أمينه عبدًا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن، لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي، والقاضي قائم مقام الإمام، وكل واحد منهم

شطريها، وها هنا ست مسائل ذكر المصنف - رحمه الله - منها خمسة منها: عزل الوكيل وقد مضى ذكر الأربعة بعد ذلك، الأولى قوله م: (**إذا أخبر المولى بجناية عبده**) فإن أخبره اثنان أو واحد عدل، فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع، كان اختيارًا منه للغد، أو أن أخبره فاسق فصدقه فكذلك، وإلا فعلى الاختلاف فعنده لا يكون اختيارًا خلافًا لهما. الثانية: في قوله م:(**والشفيع** ش:(إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع، فسكن سقطت شفاعته وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف. الثالثة: هي قوله: م: (**والبكر**) ش: إذا بلغها تزوج الولي، فسكتت، فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضاء بلا خلاف، وإن أخبرها فاسق، فعلى الاختلاف، الرابعة: هي قوله: م: (**والمسلم الذي لم يهاجر إلينا**) ش: إذا أخبره اثنان أو عدل مما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء. وإن أخبره فاسق وكذبه، فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافًا لهما.

والسادسة: التي لم يذكرها المصنف: عزل المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل، أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب، وإن كان فاسقًا وكذبه ثبت الحجر عندهما، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله -وقيد بتلقاء نفسه، لأن حكم الرسول حكم مرسله كما ذكرنا.

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير»: م: (**وإذا باع القاضي أو أمينه عبدًا للغرماء وأخذ المال**) ش: أي الثمن م: (**فضاع**) ش: أي الثمن م: (**واستحق العبد لم يضمن**) ش: أي القاضي أو أمينه صورة المسألة في «الجامع»: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمهم الله- عنه في الرجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل وله عبد يساوي مائة درهم، فيرفع الغريم الوصي إلى القاضي، فيأمر بالبيع للغريم في دينه، فيبيعه بمائة درهم لقبض الوصي الثمن، فيهلك ثم يستحق العبد من يد المشتري.

قال: يرجع المشتري على الغريم بالثمن، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم سواء. إلى هنا لفظ محمد - رحمه الله - في أصل « الجامع الصغير »، والمصنف - رحمه الله - ذكر بيع القاضي وبيع أمينه.

ثم ذكر أن أمين القاضي لم يضمن م: (**لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي، والقاضي قائم مقام الإمام**) ش: والإمام لا يضمن، فكذا القاضي أو أمينه وهو معنى قوله م: (**وكل واحد منهم**) ش: أي

لا يلحقه ضمانًا كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء ؛ لأن البيع واقع لهم ، فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم ، وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ، ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال ،رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت ، وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه. وقال : ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم ،وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه .

من الإمام والقاضي وأمينه م: (**لا يلحقه ضمانًا كيلا يتقاعد الناس**) ش: أي كل واحد منهم م: (**عن قبول هذه الأمانة**) ش: خوفًا من الضمان م: (**فتضيع الحقوق**) ش: أي حقوق المسلمين م: (**ويرجع المشتري على الغرماء؛ لأن البيع واقع لهم**) ش: أي للغرماء فإذا كان ذلك م: (**فيرجع عليهم**) ش: أي على الغرماء م: (**عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه**) ش: عند تعذر الرجوع .

أطلق لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور والصبي المحجور ، فإن من وكل صبيًا محجوراً يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتهما ، ولا يتعلق حقوق العبد بهما ، بل يتعلق بموكلهما .

وإذا تعذر تعليق الحقوق ها هنا على العاقد ، يتعلق بأقرب الناس إلى العاقد كما في توكيل المحجور ، وأقرب الناس فيما نحن فيه الغريم ، لوقوع العقد له كما في الوكيل .

م: (**ولهذا**) ش: أي لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء م: (**يباع**) ش: أي العبد م: (**بطلبهم**) ش: أي بطلب الغرماء م: (**وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء**) ش: أي ببيع العبد م: (**ثم استحق أو مات**) ش: أي العبد م: (**قبل القبض وضاع المال ، رجع المشتري على الوصي لأنه**) ش: أي لأن الوصي م: (**عاقد نيابة عن الميت**) ش: هذا ظاهر إذا كان الميت أوصى إليه م: (**وإن كان**) ش: أي الوصي م: (**بإقامة القاضي عنه**) ش: أي عن الميت م: (**فصار كما إذا باعه**) ش: أي كما إذا باعه الميت م: (**بنفسه**) ش: حال حياته وثمة كان يرجع الحقوق إليه ، فكذا هنا لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت، لا عن نفسه ، وعقد النائب كعقد المنوب عنه .

م: (**وقال**) ش: يجوز أن يكون فاعله محمداً -رحمه الله- لأنه كذا حكي عن أبي حنيفة-رحمه الله- ، ويجوز أن يكون فاعله المصنف -رحمه الله - فتأمل م: (**ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم**) ش: أي لأن الوصي عامل للغرماء . ومن عمل عملاً لغيره ولحقه ضمان ، يرجع على من وقع له العمل م: (**وإن ظهر للميت مال**) ش: آخر بعد ذلك م: (**يرجع الغريم فيه بدينه**) ش: أي يأخذ دينه من ذلك ، وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ، ففيه اختلاف .

قالوا : ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضًا ؛ لأنه لحقه في أمر الميت ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم ؛لأنه إذا لم يكن في التركة دين ، كان العاقد عاملاً له .

م: **(قالوا)** ش: أي المشايخ -رحمهم الله- : م: **(ويجوز أن يقال : يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً)** ش: كما رجع بدينه ، وإنما قيد بهذا اللفظ ، لأن فيه اختلاف . قال أبو الليث -رحمه الله- يجوز أن يقال : يرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري م: **(لأنه)** ش: أي لأن الضمان م: **(لحقه في أمر الميت)** ش: . وعن بعض المشايخ -رحمهم الله-: لا يرجع لأن الضمان إنما لحقه بفعله لأن قبض الوصي كقبض الميت .

وفي« الكافي» : الأصح الرجوع لأنه قبض ذلك وهو مضطر فيه م: **(والوارث إذا بيع له)** ش: أي لأجله يعني إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة ، وهو صغير فباعه الوصي ، ثم اشترى، رجع المشتري بالثمن على الوصي ، والوصي على الوارث أشار إليه بقوله م: **(بمنزلة الغريم)** ش: حيث يرجع م: **(لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له)** ش: أي للوارث .

* * *

فصل آخر

وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم ، فارجمه ، أو بالقطع فاقطعه ، أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ، وعن محمد أنه رجع عن هذا، وقال: لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة؛ لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ ، والتدارك غير ممكن ،وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه ، واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا ، إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه .

م: (فصل آخر)

ش: أي هذا فصل آخر ، ومسائل يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء ، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل ، وبعده مقبول أم لا . فلذلك ذكرها في فصل على حدة .

م: (**وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه**) ش: يعني إذا قال القاضي لك : قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه وسعك أن ترجمه م: (**أو بالقطع فاقطعه**) ش: أي وإذا قال لك قضيت عليه بالقطع وسعك أن تقطعه .

م: (**أو بالضرب فاضربه**) ش: أي وإذا قال : قضيت عليه بالضرب فأضربه . وقوله : م:(**وسعك أن تفعل**) ش: جواب قوله « وإذا قال القاضي» في ثلاث صور .

م: (**وعن محمد أنه رجع عن هذا**) ش: لأنه كان حكي هذا عن أبي يوسف-رحمه الله- ، عن أبي حنيفة -رحمه الله- في «الجامع الصغير» ، ثم رجع عنه م: (**وقال : تأخذ بقوله**) ش: أي بقول هذا القاضي : م: (**حتى تعاين الحجة**) ش: أي الشهادة بحضرتك .

وقال الكاكي -رحمه الله- : أو يشهد على ذلك مع القاضي عدل ، وهذه رواية ابن سماعة -رحمه الله- عن محمد -رحمه الله- م: (**لأن قوله**) ش: أي قول القاضي م: (**يحتمل الغلط والخطأ، والتدارك**) ش: بعد وقوع الأمر م: (**غير ممكن**) ش: لفواته وبه أخذ مشايخنا -رحمهم الله- لفساد قضاة هذا الزمان ، لا سيما قضاة مصر ، لأن أكثرهم يقولون بالراشي ، فأحكامهم باطلة .

وصدق خبر الواحد بيقين مرتبة الأنبياء -عليهم السلام- ، وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط على الخصوص في قضاة هذا الزمان بغلط الجهل والفسق فيهم .

م: (**وعلى هذه الرواية**) ش: أي الرواية التي رويت عن محمد -رحمه الله- : م: (**لا يقبل كتابه**) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي .

وقال المصنف -رحمه الله- م: (**واستحسن المشايخ هذه الرواية**) ش: وقالوا ما أحسن هذا في زماننا م: (**لفساد حال أكثر القضاة في زماننا**) ش: فلا يؤتمنون م: (**إلا في كتاب القاضي**) ش: إلى القاضي لم يأخذوا بهذه الرواية م: (**للحاجة إليه**) ش: أي إلى كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة

وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة ، وفي تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور رحمه الله: إن كان عدلاً عالمًا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر ، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه ، وإلا فلا . وإن كان جاهلاً فاسقًا أو عالمًا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة .

قال: وإذا عزل القاضي ، فقال لرجل: أخذت منك ألفًا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال: الرجل:أخذتها ظلمًا ، فالقول قول القاضي ، وكذا لو قال: قضيت بقطع يديك في حق هذا

م: **(وجه ظاهر)** ش: أي وجه ظاهر الرواية م: **(أنه)** ش: أي أن القاضي م: **(أخبر عن أمر يملك إنشاءه)** ش: لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء ، ومن [. . .] تمكن به من الإنشاء لا يرد م: **(فيقبل لخلوه عن التهمة)** ش: وقال الأكمل -رحمه الله- : وفيه بحث ، وهو أنه يتمكن من ذلك بحجة أو بدونها ، والثاني ممنوع والأول [. . .] إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة م: **(ولأن طاعة أولي الأمر واجبة)** ش: هذا دليل آخر ، لأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة م: **(وفي تصديقه طاعة)** ش: أي طاعة القاضي . وكان ينبغي أن يقال: إطاعته .

م: **(وقال الإمام أبو منصور -رحمه الله-)** ش: الماتريدي ، واسمه محمد بن محمد بن محمود ونسبته إلى «ماتريد» محله من سمرقند ، ويقال: ماتريت أيضاً بالتاء ، م: **(إن كان)** ش: أي القاضي م: **(عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر)** ش: أي قضائه لتهمة الخطأ م: **(فإن أحسن التفسير)** ش: القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع أن يقول مثلاً: استفسرت المقر بالزنا ، كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز لا شبهة فيه ، وأنه قتل عمداً بلا شبهة ، فحينئذ م: **(وجب تصديقه)** ش: وقبول قوله م: **(وإلا فلا)** ش: أي فلا يحسن تفسيره ، فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله .

م: **(وإذا كان)** ش: أي القاضي م: **(جاهلاً فاسقاً أو عالماً لا يقبل ، إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ)** ش: في الجهل م: **(والخيانة)** ش: أي ولتهمة الجناية في الفسق ، وهذا على أربعة أقسام ، ذكر المصنف -رحمه الله- منها ثلاثة ولم يذكر القسم الرابع من القسمة العقلية ، وهو أن يكون عالمًا عادلاً ، لأنه يقبل قوله بدون الاستفسار .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: **(وإذا عزل القاضي ، فقال الرجل: أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قد قضيت بها عليك ، فقال الرجل: أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي . وكذا لو قال)** ش: أي القاضي : م: **(قضيت بقطع يديك في حق هذا)** ش: فالقول قول القاضي ، وهذا أي كون القول قول القاضي في تأمين الصورتين .

إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض. ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له ، إذ لا يقضي بالجور ظاهراًولا يمين عليه ، لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ، ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضًا لأنه فعله في حال القضاء ، ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معاينًا . ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل ، فالقول للقاضي أيضًا ، وهو الصحيح ؛ لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان ، فصار

م: (إذا كان الذي قطعت يده، والذي أخذ منه المال) ش: حال كونه م: (مقرين أنه) ش: أي أن القاضي م: (فعل ذلك) ش: أي كل واحد من أخذ المال وقطع إليه م: (وهو قاض) ش: يعني في حال قضائه م: (ووجهه) ش: أي وجه كون القول قول القاضي في الوجهين م: (أنهما) ش: أي أن القاضي والمأخوذ منه المال أو المقطوع يده م: (لما توافقا) ش: أي انقضاء م: (أنه) ش: أي أن القاضي م: (فعل ذلك) ش: أي أخذ المال أو القطع حال كونه م: (في قضائه) ش: يعني في حال ولايته فلما اتفقا م: (كان الظاهر) ش: أي ظاهر الحال م: (شاهداً له) ش: أي للقاضي م: (إذ) ش: وفي بعض النسخ م: (لا يقضي بالجور) ش: أي بالظلم والخروج عن الحق م: (ظاهراً) ش: والقول قول من يشهد له الظاهر .

م: (ولا يمين عليه) ش: أي على القاضي م: (لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي) ش: لأن إيجابها عليه يقضي إلى تعطيل أمور الناس ، بامتناع الدخول في القضاء، ولأنا لو ألزمنا عليه اليمين ، لكان خصماً ، وقضاء الخصم لا يجوز م: (ولو أقر القاطع) ش: أي بأمر القاضي م: (والآخذ) ش: أو أقر أخذ المال بأمر القاضي م: (بما أقر به القاضي) ش: أي بالقطع أو الأخذ م: (لا يضمن) ش: القاضي م: (أيضاً لأنه) ش: أي لأن القاطع أو الآخذ م: (فعله في حالة القضاء) ش: وهو صحيح .

م: (ودفع القاضي صحيح) ش: أي دفع القاضي المال إلى رب الدين أو المستحق صحيح، لأنه دفع في حالة القضاء ، والظاهر أنه محق م: (كما إذا كان) ش: أي دفع القاضي المال إلى الآخذ بحكم القضاء م: (معايناً) ش: يعني في معاينة المأخوذ منه المال لا يضمن الآخذ ، وكذا أقر بما أقر به القاضي م: (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه) ش: أي أن القاضي م: (فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل) ش: أي أو فعل بعد عزله م: (فالقول للقاضي أيضاً، وهو الصحيح) ش: . احترز به عما ذكره شمس الأئمة-رحمه الله- في «جامعه» أن القول للمدعي إذا قال فعله بعد العزل م: (لأنه) ش: أي لأن القاضي م: (أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان) ش: لأنه إذا عرف أنه كان قاضياً، صحت إضافة القطع أو الأخذ إلى حالة القضاء ، لأن حالة القضاء معهودة فيتقي بها الضمان ، وهو اختيار فخر الإسلام -رحمه الله- والصدر الشهيد -رحمه الله-م: (فصار)

كما إذا قال: طلقت أو أعتقت ، وأنا مجنون والجنون منه كان معهودًا .ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان ، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول ؛ لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ، ولو كان المال في يد الآخذ قائمًا ، وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه ، يؤخذ منه ؛لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة ، وقول المعزول فيه ليس بحجة.

ش: إسناد القضاء هما م: **(كما إذا قال)** ش: من عهد منه الجنون : م: **(طلقت)** ش: امرأتي م: **(أو أعتقت)** ش: أي قال : اعتقت عبدي م: **(وأنا مجنون والجنون)** ش: أي والحال أن الجنون م: **(منه كان معهوداً)** ش: أي معلوماً بين الناس ، فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق ولا العتاق لإضافته إلى حالة منافية الإيقاع .

م: **(ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل)** ش: وهو فصل أن المقطوع يده والمأخوذ ماله يزعم أن القاضي قطع وأخذ قبل التقليد أو بعد العزل م: **(بما أقر به القاضي يضمنان ، لأنهما أقرا بسبب الضمان)** ش: وهو أخذ المال وقطع اليد م: **(وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره)** ش: يعني لا يقبل في ذلك ، فإن قيل : ينبغي أن لا يضمن الآخذ والقاطع أيضاً ، لأنهما أسندا الفعل أيضاً إلى حالة معهودة للضمان . الجواب أن جهة الضمان راجحة ، لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية ، وقضاء القاضي حجة ظاهراً والظاهر لا يعارض القطعي .

م: **(بخلاف الأول)** ش: أي الفصل الأول م: **(لأنه ثبت فعله)** ش: أي فعل القاضي م: **(في قضائه بالتصادق)** ش: فكان بمنزلة الثابت معاينة م: **(ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه ؛ لأنه أقر أن اليد كانت له)** ش: أي للمأخوذ منه م: **(فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة)** ش: لأنه لم يكن له ولاية الآخذ إلا بحجة ظاهرة .

م: **(وقول المعزول)** ش: أي القاضي المعزول م: **(فيه ليس بحجة)** ش: لكونه شهادة فرد ، بخلاف ما لو كان المال هالكاً وأن القاضي ينكر وجوب الضمان ، والقول قول المنكر ، والله أعلم بالصواب .

* * *

كتاب الشهادة

قال : الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ (البقرة الآية : ٢٨٢) ، وقوله تعالى : ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾م: (البقرة الآية : ٢٨٣) .

م: (كتاب الشهادة)

ش:أي هذا كتاب في بيان أحكام الإشهادات وهو جمع شهادة ، والشهادة لغة إخبار قاطع ، كذا في «الصحاح» يعني الإخبار بالشيء عن شهادة وعيان ، لا عن تخمين وحسبان . ومن هذا قالوا : مشتقة من المشاهدة ، وعلى المعاينة وإليه الإشارة النبوية بقوله : إذا رأيت مثل الشمس فاشهد . وما في الشريعة إخبار عن صدق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء والحكم وسببها في حق التحمل الشهادة ، وفي حق الأداء طلب المدعي وركنها استعمال لفظة الشهادة .

وشروطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل ، وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما يثبت بها . وفي «المبسوط» والقياس يأتي على كون الشهادة حجة تلزمه ، لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ، إلا أن القياس ترك بالنصوص والإجماع .

ووجه ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب « أدب القاضي» ظاهر جداً لأن القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه .

م: (قال) ش: أي القدوري –رحمه الله– : م: (**الشهادة فرض**) ش: أي أداءها وتحملها إذا تعين، وفرض كفاية إذا لم يتعين بالإجماع م: (**تلزم الشهود ، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي**) ش: وقوله : لا يسعهم ، تأكيد لقوله يلزم الشهود م: (**لقوله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾**) ش: (البقرة : الآية ٢٨٢) هذا دليل على أن الطلب من المدعي شرط الفريضة، والنهي عن الإباء عند الدعوى أمر بالحضور للأداء .

م: (**وقوله تعالى : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾**) ش: (البقرة : ٢٨٣)، إنما خص القلب ، وإن كانت الجملة آثمة ؛ لأنه رأس الأعضاء والمضغة التي إن صلحت، صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد كله . كما جاء في الحديث ، لأنه قيل قد تمكن الإثم في أصله ، وملك أشرف شيء منه ، ولأن أفعال القلوب أعظم من سائر الجوارح ، فأصل الحسنات والسيئات ؛ الإيمان والكفر وهما من أفعال القلوب فإذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب ، كان من أعظم الذنوب .

قال : ويقول: أشهد أنه باع ، ولا يقول أشهدني ؛لأنه كذب ، ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضي لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره ، فسمع إقرار الداخل ولا يراه ، له أن يشهد ، لأنه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت الحكم

الذهبي في «مختصره »، فقال : بل هو حديث واه ، فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد ، وقال النسائي : ضعيف ، وقال ابن عدي : عامة ما يرويه لا يتابع عليه في إسناده ، ولا في متنه .

فإن قيل : جعل العلم بالموجب ركنًا في الأداء مخالف للنصين جميعًا ، فإنهما لا بد، لأنه على شرطيته وعلى ركنيته ، إذ الأحوال شروط وهي موضوعة للشرط . أجيب : بأنه مجاز عن الشرط وإنما غير عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه .

م: (**قال: ويقول أشهد أنه باع**) ش: يعني إذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها ، واحتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أنه باع م: (**ولا يقول أشهدني لأنه كذب**) ش: لأنه ما أشهده .

وفي «الذخيرة» : هذا في البيع الصريح ، أما في البيع على سبيل التعاطي ، يشهدون على الآخذ والإعطاء لأن التعاطي بيع حكمي وقيل لو شهدوا على البيع يجوز .

م: (**ولو سمع من وراء الحجاب**) ش: أي قول واحد بعت وقول آخر اشتريت م: (**لا يجوز له أن يشهد ، ولو فسر للقاضي**) ش: بأن قال : أشهد بالسماع من وراء الحجاب م: (**لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم**) ش: وهي الكلام الخفي من حد ضرب ، يقال : فلان حسن النغمة إذا كان حسن الصوت في القراءة م: (**إلا إذا كان**) ش: استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان ، أي الشاهد م: (**دخل البيت وعلم أنه ليس فيه**) ش: أي في البيت م: (**أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره**) ش: أي غير الباب م: (**فسمع إقرار الداخل ولا يراه**) ش: فحينئذ يجوز م: (**له أن يشهد**) ش: على إقراره م: (**لأنه حصل العلم في هذه الصورة**) ش: وكان ابن مقاتل لم يجوز الشهادة بالسماع من وراء الحجاب مطلقًا .

وقال أبو الليث -رحمه الله- : إذا رأى شخصها حال إقرارها يجوز ، وإلا لا شرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها كما في «الذخيرة» م: (**ومنه**) ش: هذا بيان للضرب الثاني من الضربين الذين ذكرهما بقوله ، ما يتحمله الشاهد على ضربين أي ما يتحمله الشاهد م: (**ما لا يثبت الحكم**

=قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي في «مختصره» فقال : بل هو حديث واه فإن محمد ابن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد .

فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة ، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء ، لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليه ؛لأن الشهادة غير موجبة بنفسها ، وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد ، لأنه ما حمله وإنما حمل غيره . ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة ؛لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم ، قيل هذا على قول أبي حنيفة -رحمه الله-وعندهما يحل له أن يشهد ، وقيل هذا بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد

فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة) ش: فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد .

م: **(فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليه)** ش: بضم الباقي يشهد لأنه مجهول م: **(لأن الشهادة)** ش: أي شهادة الأصول م: **(غير موجبة بنفسها)** ش:وفي بعض النسخ : غير مثبتة بنفسها م: **(وإنما تصير)** ش: أي الشهادة م: **(موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل)** ش: أي لا بد من الإنابة بتحمل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس القاضي .

وقال الأكمل -رحمه الله- : والأول يعني قوله «الإنابة» إشارة إلى مذهب محمد-رحمه الله- فإنه يقول بطريق التوكيل ، ولا توكيل إلا بأمر الموكل ، والثاني يعني قوله ، و«التحمل» إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ؛ فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل م: **(ولم يوجد)** ش: أي كل واحد من الإنابة والتحميل .

م: **(وكذا لو سمعه)** ش: أي إذا سمع الشاهد م: **(يشهد الشاهد على شهادته ، لم يسع للسامع أن يشهد؛ لأنه)** ش: أي لأن ذلك الشاهد م: **(ما حمله السامع)** على شهادته م: **(وإنما حمل غيره)** ش: غير السامع ، وهذا بخلاف القاضي إذا شهد على قضيته ، وسمع بذلك آخرون، وسمعهم أن يشهدوا لأن قضاءه حجة بمنزلة الإقرار والبيع وغير ذلك ، فيصح التحميل من غير إشهاد . كذا ذكره فخر الإسلام البزدوي -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير » .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة ؛ لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم)** ش: وهذا كما رأيت ، لم يذكر القدوري فيه الخلاف ، وكذا لم يذكر في «شرح الأقطع »، وكذلك الخصاف لم يذكر الخلاف في «أدب القاضي» فلأجل هذا قال المصنف -رحمه الله- : م: **(قيل : هذا على قول أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما يحل له أن يشهد)** ش: وكذا ذكر الخلاف في «المختلف» ، وذكر أي القاضي -رحمه الله-، ورووا الخبر كذلك على الخلاف .

م: **(وقيل هذا)** ش: أي عدم الحل بدون تذكر الحادثة م: **(بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد**

القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته ؛ لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ، ولا كذلك الشهادة في الصك ؛لأنه في يد غيره، وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة ، أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت.

القاضي شهادته) ش: أي شهادة شاهد م: (**في ديوانه أو قضيته**) ش: أو وجد حكمه مكتوبًا في خريطته م: (**لأن ما يكون في قمطره**) ش: في خريطته ، وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء ما يضاف فيه الكتب .

قال : ليس العلم ما بقي القمطر وما العلم إلا ما وعا الصدر م: (**فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له**) ش: أي للقاضي م: (**العلم بذلك ، ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره**) ش: .

وفي «أدب القاضي» : من «المبسوط» ها هنا ثلاثة فصول أحدها : القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة شهادة ، ولم يتذكر أنهم شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول أبي حنيفة -رحمه الله- لا يحكم بدون الذكر ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- في رواية ، وعند أبي يوسف، ومحمد -رحمهما الله- : إذا وجد ذلك في قطرة تحت خاتمه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- في رواية .

والثاني : الشاهد يجد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ، ولم يتذكر الحادثة ، والثالث : إذا سمع حديثًا فوجده مكتوبًا بخطه ووجد سماعه مكتوبًا بخط غيره، لا يحل له الرواية عند أبي حنيفة -رحمه الله- بدون التذكر ، ولهذا قلت روايته لمحمد -رحمه الله- أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسرًا .

وقال : يعتمد خطه إذا كان معروفًا . وأبو يوسف - رحمه الله - في مسألة القضاء والرواية أخذًا بالرخصة ، لأن المكتوب كان في يده ، وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة ، ولو نسي القاضي قضاءه، ولم يكن مسجلاً فشهد حكمه ولم يمضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - والشافعي - رحمه الله -، وعند محمد وأحمد وابن أبي ليلى - رحمهم الله- : يقضي به ويمضيه .

م: (**وعلى هذا**) ش: هذا عطف على قوله ، ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أي على ما قيل : من الوجهين من وجه بالاتفاق والاختلاف م: (**إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة**) ش: ولم يتذكر الحادثة م: (**أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت**) ش: لا يحل له أن يشهد بالاتفاق ، وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة -رحمه الله- خلافًا لهما .

قال :ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القضاء فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به ، وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، وذلك بالعلم ولم يحصل ، فصار كالبيع . وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام

م: (**قال**) ش:أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا في النسب**) ش: طريق معرفة النسب أن يسمع من فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل له الشهادة م: (**والموت**) ش: إذا سمع من الناس أن فلانًا مات أو رآهم صنعوا ما يصنع بالموتى وسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك .

وروى ابن سماعة عن محمد -رحمه الله- : إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد م: (**والنكاح**) ش: إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانًا زوجه فلا وسعه أن يشهد أنها زوجته ، وأن لم يعاين عقد النكاح .

م: (**والدخول**) ش: أن يسمع ناسًا يقولون إن فلانًا تزوج بفلانة م: (**وولاية القاضي**) ش: إذا رأى رجلاً قضى لرجل بحق من الحقوق وسمع من الناس أنه قاضي هذه البلدة وسعه أن يشهد أنه قاضي بلدة كذا ، قضى لفلان بكذا وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه م: (**فإنه**) ش: أي فإن الشاهد م: (**يسعه أن يشهد بهذه الأشياء**) ش: الخمسة المذكورة ، وبه قال أحمد -رحمه الله- والشافعي -رحمه الله- في قول ، ومالك -رحمه الله- في رواية : إن كان في غاية الشهرة .

وقال بعض أصحاب الشافعي -رحمه الله- : لا يجوز في النكاح ، وبه قال مالك-رحمه الله- في رواية م: (**إذا أخبره بها**) ش: أي إذا أخبر المشاهد بهذه الأشياء م: (**من يثق به**) .

م: (**وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز**) ش: الشهادة بالتسامع م: (**لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك**) ش: يحصل م: (**بالعلم ولم يحصل ، فصار**) ش: حكم هذا م: (**كالبيع**) ش: حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع لعدم المشاهدة م: (**وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس**) ش: لا يطلع عليها إلا هم م: (**ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون**) ش: كالإرث والنسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي ، وكثبوت كمال المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والعدة والإحسان .

م: (**فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الجرح وتعطيل الأحكام**) ش: لأن العادة لم تجر

بخلاف البيع ؛لأنه يسمــعه كل أحد ، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشـتهار ، وذلك بالتواتر أو بإخبــار من يثق به ،كمــا قال في الكتــاب . ويشتــرط أن يخبــره رجلان عدلان أو رجــل وامرأتان ليحصل له نوع علم ، وقيل في الموت : يكتفي بإخباره واحد أو واحدة ؛

بحـضـور الناس الولادة ، وإنما يرون الصـبي مع أمـه ، وينسـبـونه إلى الأب ، ويقـولـون : هو ابن فـلان ، وكـذلك عند الموت لا يحـضـره إلا الأقـارب ، فإذا رأوا الجنازة تحكمـوا بأن فلانًا مـات ، وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد ، فإذا أخبر بعضـهم بعضًا أن فلانًا نكح فلانة ، يقتصرون على ذلك في التحقيق .

وكذلك لا يعلم إلا بإمارته ، وكذلك ولاية القاضي ، لا يحضر بها كل أحد فإذا قرئ الحكم وحبس القاضي في مجلس الحكام ، ونظر بين الخصوم وتحققوا أنه قاضي ، ألا ترى أنا نشهد أن عليًا بن أبي طالـب - رضي الله عنه - وإن لـم نعاين الولادة ، ونشهـد أن أبا بكر وسائر الصحابة - رضي الله عنهم - ماتوا وإن لـم نعـاين الموت ، ونشهد أن عائشة - رضي الله عنها - زوجة النبي ﷺ وإن لـم نعاين النكاح وكذا نشهد أنه عليه السـلام دخل بها وإن لـم نعاين الدخول ، وكذا نشهد أن شريح بن الحارث كان قاضيًا وإن لم نعاين ذلك .

م: (**بخلاف البيع ؛لأنه يسمعه كل أحد**) ش: وسبب الملك وهو البدو هـو مما يعاينه كل واحد م: (**وإنما يجوز لـلشاهد**) ش: هذا جـواب عـما يقال هذا الاستحسان مخالف للكتـاب ، فإن العلم مشروط في الكتاب ، ولا علم فيـما نحن فيه ، وتقرير الجواب أن يقال لا نسلم أن لا علم فيـما نحن فيه ، فإنه إنما يجوز للشاهد م: (**أن يشهد بالاشتهار ، وذلك**) ش: أي الاشتهار م: (**بالتواتر أو بإخبار من يثق به**) ش: فالأول اشتهـار حقيقة ، والثاني اشتهـار حكمًا م: (**كما قال في الكتاب**) ش: أي «مختصر القدوري» -رحمه الله- وهذا إشارة إلى ما ذكره بقوله قبل هذا إذا أخبره بها من يثق به .

وبين المصنف -رحـمه الله- أن العدد فيمن يثق به شرط بقوله م: (**ويشترط أن يخـبره رجلان عـدلان أو رجل وامـرأتان ليـحـصل له نوع علم**) ش: وهذا على قـول أبي يوسف ومحـمـد-رحمه الله- ، وأما على قول أبي حنيفة -رحمه الله- فلا تجوز الشهادة ما لـم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر ، وإذا ثبتت الشهرة عندهم بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا ، لأنها توجب زيادة علم شرعًا لا يوجبها لفظ الخبر .

م: (**وقيل في الموت: يكتـفى بإخبار واحـد أو واحدة**) ش: إنما قـال بلفـظ قيل ، لأن في الموت اختلاف المشايخ -رحمهم الله- عامتهم على أنه يكتفى بإخبار واحد عدل ، وهو المروي عن ابن سماعة عن محمد -رحمـه الله- قـال : إذا أخبرك عـدل بالموت وسعك أن تشهـد به ، وبعضهم

لأنه قلما يشاهد حالة غير الواحد ، إذ الإنسان يهابه ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح ، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق للشهادة ، ثم إذا فسر لا تقبل ، كذا هذا ، وكذا لو رأى إنسانًا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضيًا ، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتًا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج ، كما إذا رأى عينًا في يد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ،

قالوا : لا يكتفى بخبر الواحد ، كما في النكاح ، وإليه ذهب ظهير الدين في «فتاواه »، وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإنسان م: (**قلما يشاهد حاله**) ش: أي حال الموت م: (**غير الواحد ، إذ الإنسان يهابه**) ش: أي الموت م: (**ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح**) ش: فإن فيهما لا بد من عدلين .

وقال شيخي العلاء -رحمه الله- : وها هنا مسألة عجيبة لا رواية بها ، وهو أن الموت إذا لم يعاينه إلا واحد ، فلو شهد عند القاضي ، لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع ، قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله ، فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته ، فيشهد هو مع ذلك الشاهد حتى يقضي القاضي بشهادتهما .

ولو شهد واحد بالموت ، وأخبر بالحياة ، فامرأته تأخذ بقول من يخبر بالموت ؛ لأنه يثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه ، وذكر فيه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفًا ، بأن كان عالمًا أو من العمال أما إذا كان تاجرًا أو من هو مثله لا يجوز إلا بالمعاينة .

م: (**وينبغي أن يطلق أداء الشهادة**) ش: هذا بيان لكيفية الأداء . قوله «**أن يطلق**» أي يقول: أشهد أن فلان بن فلان كما نشهد أن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - ابن أبي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئًا من ذلك م: (**ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق الشهادة ، ثم إذا فسر**) ش: إنما يشهد لأنه رآه في يده م: (**لا تقبل، كذا هذا ، وكذا**) ش: لأنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه ، فتكون الشهادة من علم ولا كذلك إذا فسر ، ويقول : سمعت هذا م: (**لو رأى إنسانًا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضيًا ، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتًا وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عينًا في يد غيره**) ش: جاز له أن يشهد بأنها امرأته [كما إذا رأى عينًا في يد غيره] جاز له أن يشهد له به .

م: (**ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله**)

ثم قصر الاستثناء في الكاتب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف. وعن أبي يوسف - رحمه الله - آخراً أنه يجوز في الولاء ؛لأنه بمنزلة النسب ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام :«الولاء لحمة كلحمة النسب ، وعن محمد رحمه الله -أنه يجوز في الوقف ؛لأنه يبقى على مر الأعصار ، إلا أنـا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ، ولا بد فيه من المعاينـة ، فكذا فيما يبتنى عليه .

ش: لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليـه م: (**ثم قصر الاستثناء في الكاتب**) ش: يعني قصر اعتبار التسامع في« كتاب القدوري» -رحمه الله- م: (**على هذه الأشياء**) ش: أي على الأشياء م: (**الخمسة**) ش: في قـوله إلا النسب والموت والنكاح والدخـول وولاية القـاضي م: (**ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف**) ش: قوله ينفي خبر لقوله قصر الاستثناء ، وهو مرفوع على الابتداء ، مصدر مضاف إلى مفعوله ، حاصل المعنى لا تجوز الشهادة بالتسامع في الولاء والوقف .

وفي« شرح الأقطع» : قال أبو حنيفة -رحمهما الله- ومحمد -رحمهما الله- : لا تجوز الشهادة بالولاء أي يسمعا المعتق ، هكذا ذكر في الأصل في رواية أبي حفص - رضي الله عنه - ، وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- الأول ، ثم رجع وقال : شهدوا علي ولا شهود جاز وهو إحدى الروايتين عن محمد -رحمه الله- وهو معنى قوله : م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله- آخراً: أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب**) ش: وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- وبعض أصحاب الشافعي م: (**لقولـه عليه الصـلاة والسلام :« الولاء لحمة كلحمة النسب»**[1]) ش: والشهادة على النسب جائزة بالتسامع فكذا على الولاء ، ألا ترى إنما نشهد أن قنبر مولى علي - رضي الله عنه - وأن عكرمة مولى ابن عباس - رضي الله عنهما - وإن لم ندرك .

م: (**وعن محمد -رحمه الله-: أنه**) ش: أي التسامع أي الشهادة به م: (**يجوز في الوقف ؛لأنه يبقى على مر الأعصار**) ش: وبه قال أحمد -رحمه الله- والإصطخري من أصحاب الشافعي -رحمه الله- م: (**إلا أنا نقول:**) ش: جواب عن قول أبي يوسف -رحمه الله- : م: (**الولاء يبتنى على زوال الملك**) ش: وهو إزالة ملك اليمين م: (**ولا بد فيه من المعاينة**) ش: لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس م: (**فكذا فيما يبتنى عليه**) ش: أي فكذا لا بد من المعاينة فيما يبتنى على زوال الملك ، وهو الولاء .

---

(١) رواه الطبراني وفيه عبيد بن القاسم ووهو كذاب . ذكره الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٣١) .
ورواه البيهقي(٦/ ٢٤٠) من طريق هشام بن حسان عن الحسن مرسلاً ثم قال: وروي هذا موصولاً من وجه آخر عن ابن عمر وليس بصحيح وروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما من قولهما.

وأما الوقف ، فالصحيح أنه تقبل الشهادة في التسامع في أصله دون شرائطه ؛ لأن أصله هو الذي يشتهر قال : ومن كان يده شيء سوء العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك ، إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها

وفي «أدب القاضي» للشهيد -رحمه الله- عن الحلواني : أن الخلاف ثابت في العتق أيضًا ، لأن الشهادة على الولاء شهادة على العتق أيضًا .

وذكر شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- : أن الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع . وعند الشافعي -رحمه الله- في قول ، وأحمد ومالك-رحمهما الله- : يقبل في العتق أيضًا ، ثم الخصاف شرط لسماع الشهادة بالتسامع الولاء عند أبي يوسف-رحمه الله- ، وفي «المبسوط» شرط لم يشترطه محمد ، فقال : إنما يقبل إذا كان المعتق مشهوراً ، وللعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام .

م: (**وأما الوقف ، فالصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه ؛ لأن أصله هو الذي يشتهر**) ش: وشرائطه لا تشتهر ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- وهو الأصح .

وفي« شرح الأقطع» : ولا يجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة . وقال محمد : -رحمه الله- : يجوز ، وهو أحد قولي الشافعي -رحمه الله- . وبه قال أحمد -رحمه الله- ، وقال المرغيناني -رحمه الله- : لا بد من بيان الجهة بأن يشهد بأن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة أو ما أشبهه ، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته ، وفي «المجتبى» : والمختار أن يقبل على شرائط الوقف أيضًا .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له**) ش: وفي «جامع قاضي خان »صورة المسألة رجل رأى عينًا في يد إنسان ، ثم رآها في يد الآخر ، والأول يدعي الملك ، وسعه أن يشهد أنه للمدعي ، لأن الملك في الأشياء لا يعرف بطريق التعيين ، وإنما يعرف بطريق الظاهر واليد بلا منازع دليل الملك ظاهراً ، بل لا دليل لمعرفة الملك للشاهد سوى اليد بلا منازعة م: (**لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي**) ش: أي اليدم: (**مرجع الدلالة في الأسباب كلها**) ش: من الشراء والهبة ونحو ذلك م: (**فيكتفى بها**) ش: أي باليد فجاز للشاهد أن يشهد بدلالة اليد على الملك ، ولكن لا يقول عند الشهادة أشهد بأنه ملكه لأني رأيته في يده ، لأن الظاهر هو يكفي لأداء الشهادة ما لا يكفي للقضاء إلا في العبد والأمة إذا كانا كبيرين يعبران عن أنفسهما ؛ لأنهما في يد أنفسهما فلأن يكون مجرد استعمالهما دليل الملك ، لأن الحر قد يخدم الحر إعارة أو إجارة ، كأنه عبد ، وهو إذا كان له يعرف أنهما رقيقان أما إذا عرفا أنهما رقيقان ، فتجوز الشهادة لأن العبد والأمة لا بد لهما على

وعن أبي يوسف رحمه الله -أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له، قالوا :ويحتمل أن يكون هذا تفسيرًا لإطلاق محمد -رحمه الله - في الرواية فيكون شرطًا على الاتفاق ، وقال الشافعي -رحمه الله- دليل الملك اليد مع التصرف ، وبه قال بعض مشايخنا -رحمهم الله -لأن اليد متنوعة إلى أمانة وملك . قلنا :والتصرف يتنوع أيضًا إلى نيابة وأصالة ،

أنفسهما ، وكذا تجوز الشهادة إذا كانا صغيرين لا يعتبران عن أنفسهما ، وإن لم يعرفا أنهما رقيقان ولهذا المعنى .

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه يشترط مع ذلك**) ش: أي مع رؤية اليد والتصرف م: (**أن يقع في قلبه أنه له**) ش: أي أن هذا الشيء لمن في يده ، وفي «الفوائد الظهيرية» : أسند هذا القول إلى أبي يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- فقال : وعنهما ووجهه أن الأصل في الشهادة الإحاطة واليقين ، لقوله عليه السلام : « **إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع** »(١) .

وعند [. . .] أن ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب ، ولهذا قيل : إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كتابًا في يد جاهل ، ليس في أمانة من هو أهل لذلك ، لا يسعه أن يشهد بالملك له .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ -رحمهم الله- : م: (**ويحتمل أن يكون هذا**) ش: أي ما ذكر من شهادة القلب م: (**تفسيرًا لإطلاق محمد -رحمه الله- في الرواية فيكون شرطًا على الاتفاق**) ش: وهو قوله : « **وسعك أن تشهد أنه له** » ، وذكر الصدر الشهيد -رحمه الله- في «أدب القاضي» : ويحتمل أن يكون قوله قول الكل ، وبه نأخذ .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله-: دليل الملك اليد مع التصرف**) ش: أي التصرف مدة طويلة ، وبه قال مالك -رحمه الله- وأبو حامد الحنبلي م: (**وبه قال بعض مشايخنا-رحمهم الله-**) ش: وهو الخصاف م: (**لأن اليد متنوعة إلى أمانة وملك**) ش: وكذا إلى ضمان الإنابة كالوكيل والمضارب م: (**قلنا: والتصرف يتنوع أيضًا إلى نيابة وأصالة**) ش: بضم ، يحتمل إلى محتمل يريد الاحتمال فبقي العلم .

وعند أحمد -رحمه الله- والإصطخري من أصحاب الشافعي -رحمه الله- : يجوز أن يشهد في الكل بالاستفاضة ، لأنه موجب للعلم الظاهر ، وعند مالك-رحمه الله- والشافعي -رحمه الله-في الأصح : لا يجوز لاحتمال أنه أشهر من رجل، ويكون لغيره ، وهو كثير فلا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة بإسنادهما من قول شريح .

قال الزيلعي (٥/ ٨٧) قال فى« الخلاصة» : رواه الخصاف بإسناده عن النبى ﷺ . وأورد المصنف إسناد الخصاف ، وفى القلب شيء منه . فسبحان الله لم يروه أحد من أصحاب السنن ولا المسانيد ولا الأجزاء ويروه الخصاف بهذا الإسناد النظيف فهذ عجب .

ثم المسألة على وجوه: إن عاين المالك الملك حل له أن يشهد ،وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانًا ؛لأن النسب يثبت بالتسامع ،فيحصل معرفته ، وإن لم يعاينها ، أو عاين المالك دون الملك لا يحل له وأما العبد والأمة ، فإن كان يعرف أنهما رقيقان ، فكذلك ، لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان ،إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك ؛لأنه

يفيد علمًا .

م: (**ثم المسألة على وجوه**) ش: أي هذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة العقلية الأول، هو قوله م: (**إن عاين المالك الملك**) ش: جميعًا فحينئذ م: (**حل له أن يشهد**) ش: لأن شهادته عن علم وبصيرة لأنه عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه ، وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يد الثاني : هو قوله : م: (**وكذا إذا عاين الملك بحدوده**) ش: تنسب إلى فلان بن فلان الفلاني ، ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه وهو معنى قوله م: (**دون المالك**) ش: يجوز أن يشهد م: (**استحسانًا**) ش: والقياس أن لا يجوز لأنها شهادة بالملك ، ثم المالك مع جهالة المشهود له وجه الاستحسان هو قوله م: (**لأن النسب**) ش: أي نسب المالك م: (**يثبت بالتسامع**) ش: والشهرة م: (**فيحصل معرفته**) ش: أي معرفة المالك ، فكانت شهادة بمعلوم .

ألا ترى أن صاحب الملك إذا كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج ، كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة مبطلاً لحقها ولا يجوز ذلك . وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الأموال ، وهي باطلة .

وأجيب : بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان . والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصدًا ، وهو مقبول فيه كما تقدم في خبر ذلك ببيت المال ، والاعتبار للتضمن، و الثالث وهو قوله : م: (**وإن لم يعاينها**) ش: أي وإن لم يعاين الملك والمالك جميعًا بأن سمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا ، حدودها كذا وكذا ، لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة ، والرابع وهو قوله م: (**أو عاين المالك دون الملك**) ش: فكذلك لا يشهد بجهالة المشهود به وقوله م: (**لا يحل له**) ش: جواب الوجهين الأخيرين .

م: (**وأما العبد والأمة**) ش: مردود إلى قوله سوى العبد والأمة ، تقريره إذا رأى عبدًا أو أمة في يد شخص م: (**فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك**) ش: أي حل للرائي أن يشهد لذي اليد بالملك م: (**لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه**) ش: بل يكون في يد المستولي عليه م: (**وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك**) ش: يعني يحل له أن يشهد م: (**لأنه**

لا بد لهما ، وإن كانا كبيرين ، فذلك مصرف الاستثناء ؛لأن لهما يدًا على أنفسهما ، فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضًا اعتبارًا بالثياب ، والفرق ما بيناه ،والله أعلم بالصواب.

لا بد لهما) ش: أي الصغيرين م: (**وإن كانا كبيرين**) ش: أي العبد والأمة م: (**فذلك مصرف الاستثناء**) ش: بقوله سوى العبد والأمة م: (**لأن لهما يدًا على أنفسهما ، فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك**) ش: حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ، ويصنع به المقر به ما يصنع بمملوكه .

واعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من ادعى رقيقًا ، وأجيب : بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للولي في الصغر ، وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق وأجيب :

م: (**وعن أبي حنيفة -رحمه الله-: أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضًا**) ش: أي في الكبيرين م: (**اعتبارًا بالثياب**) ش: والدواب لدلالة اليد على الملك م: (**والفرق ما بيناه**) ش: وهو قوله لأن لهما يدًا على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنها بخلاف الثياب والدواب ، لأنه لا يد لهما على أنفسهما م: (**والله أعلم بالصواب**) .

* * *

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال : ولا تقبل شهادة الأعمى ،وقال زفـر رحمه الله -:وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- لا تقبل فـيمـا يجري فـيه التسـامع ؛ لأن الحاجـة فيـه إلى السمـاع ولا خلل فيه .وقـال أبو يوسف والشافعي -رحمـهما الله -: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحـمل لحصول العلم بالمعاينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت .

م: (**باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته**)

ش: أي هذا باب في بيان من تقبل شهادته ولا تقبل ، ولما فرغ عن بيان ما يسمع من الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع ، إلا أنه قدم الأول لأن المحال مشروط ، والشرط مقدم كالطهارة ، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة . قال ﷺ : « **لا شهادة لمتهم** »،وهي قد تكون بمعنى في الشاهد كالفسق ، وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة متهم بإيثار المشهود له على المشهود عليه ، كالولادة، وقد تكون لخلل في أداة التمييز كالعمى ، وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي ، وهو المحدود في القذق بعد التوبة عندنا وقبل التوبة عند الشافعي -رحمه الله .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ولا تقبل شـهادة الأعمى ، وقـال زفر** -رحمه الله- **وهو رواية عن أبي حنيفة** -رحمه الله-: **تقبل فيما يجري فيه التسامع**) ش: كالنسب والموت م: (**لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه**) ش: أي في السماع .

وبه قال الشافعي ومالك - وأحمد -رحمهم الله- ، وهو قول النخعي والثوري -رحمه الله- والحسن البصري -رحمه الله- وسعيد بن جبير -رضي الله عنه - .

وعن ابن عباس - رضي الله عنه - : تقبل فيما طريقه السماع أيضًا وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- واختاره المزني، وهو قول الزهري -رحمه الله- وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى -رحمهم الله-، وكذا يقبل في الترجمة عند الكل ، لأن العلم يحصل له فيها كالبصير ، إذ حصول العلم بالسماع ، وهو كالبصير في السماع ، ويعرف القائل باسمه ونسبه .

م: (**وقال أبو يوسف والشافعي -رحمهما الله-: يجوز إذا كان بصيراً وقت التـحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف**) ش: يعني لم تصبه آفة ، فقال آيف فلان على ما لم يسم فاعله ، أي أصابته آفة فهو مؤوف على مثال مصوف ، والآفة العاهة م: (**والتعريف**) ش: أي تعريف الشهود له وعليه م: (**يحصل بالنسبة**) ش: بأن يقول أشهد على فلان بن فلان م: (**كما في الشهادة على الميت**) ش: إذا شهد عليه بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر

ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ، والنسبة لتعريف الغائب ، دون الحاضر ، فصار كالحدود والقصاص ، ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ؛لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس ، أو جن ، أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت . قال : ولا المملوك

بعضه م: (**ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة**) ش: أي الصوت م: (**وفيه**) ش: أي وفي النغمة بتأويل الصوت م: (**شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود**) ش: فإن للشهود البصر أكثره فيهم غنية عن شهادة الأعمى .

م: (**والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر**) ش: هذا جواب عن قوله والتعريف يحصل بالنسبة ، تقريره أن النسبة إنما تكون مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته ، على أن هناك تقع الإشارة إلى وصي الميت ، وهو في ذلك قائم مقامه م: (**فصار كالحدود والقصاص**) ش: يعني أن في الحدود والقصاص لا تقبل شهادة للشاهد ، فكذا هذا .

م: (**ولو عمي بعد الأداء**) ش: أي ولو عمي الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها م: (**يمتنع القضاء**) ش: يعني لم يجز الحكم بها م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها**) ش: أي لصيرورة الشهادة م: (**حجة عنده وقد بطلت**) ش: أي عند القضاء ، ولا قيام لها م: (**وصار كما إذا خرس ، أو جن، أو فسق**) ش: بعد الأداء قبل العقد ألا يقضي القاضي بشهادته ، والأمر الكلي في هذا إنما يمنع الأداء منع القضاء ، لأن المقصود من أدائها القضاء ، وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فمع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الأداء عندهما ، فيمنع القضاء ، وعند أبي يوسف -رحمه الله- : لا يمنع الأداء ، فلا يمنع القضاء .

م: (**بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا**) ش: هذا جواب عما يقال: لا نسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط ، فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل الأداء ، لا يمنع القضاء ، وتقرير الجواب أن الشهود إذا ماتوا أو غابوا لا يمنع القضاء م: (**لأن الأهلية بالموت انتهت**) ش: والشيء يتقرر بانتهائه م: (**وبالغيبة ما بطلت**) ش: أى الشهادة .

ألا ترى أن شاهد الفرع إذا شهد بعد موت الأصل تقبل شهادته ، القضاء يكون بشهادة الأصول ، فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بالشهادة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا المملوك**) ش: وهذا عطف على قوله شهادة الأعمى ، أي ولا تقبل شهادة المملوك ، وبه قال الشافعي -رحمه الله .

لأن الشهادة من باب الولاية ، وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره ،ولا المحدود في القذف وإن تاب؛ لقوله تعالى :﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا ﴾ م: (النور الآية:٤) ولأنه من تمام الحد لكونه مانعًا ، فيبقى بعد التوبة كأصله

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال : أقبل شهادة العبيد بعضهم على بعض ، ولا أقبلها على حر .

وعن أنس - رضي الله عنه - : أنه يقبل على الأحرار والعبيد ، وبه قال عثمان البتي - وإسحاق- وأحمد وداود -رحمهم الله- ، وعن الشعبي والنخعي -رحمهم الله- أنهما قالا : تقبل في القليل دون الكثير .

ولا تقبل شهادة الصبيان عندنا ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- وأحمد وعامة العلماء ، وعن مالك -رحمه الله- : تقبل شهادة الصبيان في الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لأمر مباح قبل أن يتفرقوا .

وروي ذلك عن ابن الزبير - رضي الله عنهما - ، وعن أحمد رواية أيضًا ، وعن مالك : أنه يقبل في كل شيء لإطلاق النصوص ، والعبد أو الصبي عدل ، قلنا : الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لهما على أنفسهما ، ففي غيرهما أولى ، إلا أن يؤديا في الحرية والبلوغ ما تحملا قبلهما ، لأنهما من أهل الولاية عند الأداء ، وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- .

م: (**لأن الشهادة من باب الولاية**) ش: لأنها تنفذ القول على الغير م: (**وهو**) ش: أي العبد م: (**لا يلي على نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره**) ش: وقال الخصاف -رحمه الله- في «أدب القاضي» : حدثنا عبد الله بن محمد ، قال حدثنا حفص بن غياث عن الحجاج عن عطاء عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : لا تجوز شهادة العبد م: (**ولا المحدود في القذف وإن تاب**) ش: أي ولا تقبل أيضًا شهادة المحدود في القذف .

وقوله : « وإن تاب» واصل بما قبله م: (**لقوله تعالى: ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا ﴾** (النور : الآية ٤)) ش: وجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له ، والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما م: (**ولأنه**) ش: يعني ولأن رد الشهادة م: (**من تمام الحد لكونه**) ش: أي لكون تمام الحد م: (**مانعًا**) ش: أي عن القذف ، لكونه زاجرًا إلا أنه لم يؤلم عليه كالحد يؤلم بدونه .

ولأن المقصود من الحد دفع العار عن المقذوف وذلك في إهدار قبول القاذف أظهر ؛ لأنه بالقذف أذى قلبه ، فجزاؤه أن لا تقبل شهادته ؛ لأنه فعل لسانه وفاقًا لجريمته ، فيكون من تمام الحد م: (**فيبقى**) ش: أي الرد م: (**بعد التوبة كأصله**) ش: أي كأصل الحد اعتبارًا له بالأصل .

بخلاف المحدود في غير القذف ؛ لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة ، وقال الشافعي -رحمه الله -:تقبل إذا تاب لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ : (النور الآية : ٥) ، استثنى التائب. قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، وهو قوله تعالى : ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ،(النور الآية : ٤)

م: (بخلاف المحدود في غير القذف) ش: هذا جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى: ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ (النور : الآية ٤) والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ، فأجاب بقوله بخلاف المحدود في غير القذف نحو السرقة والزنا وشرب الخمر ، حيث تقبل شهادته بعد التوبة م: (لأن الرد) ش: أي رد الشهادة م: (للفسق وقد ارتفع بالتوبة) ش: وفي المحدود في القذف الرد من تمام التوبة فظهر الفرق بينهما .

م: (وقال الشافعي -رحمه الله- تقبل) ش: أي توبته م: (إذا تاب لقوله تعالى: ﴿ إلا الذين تابوا﴾ (النور : الآية ٥) استثنى التائب) ش: بيانه أن المانع من قبول شهادته الفسق ، وبالتوبة ارتفع الفسق فتقبل شهادته قياسًا على المحدود في الزنا ، أو السرقة أو شرب الخمر إذا تاب فإن شهادته تقبل بالاتفاق إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي -رحمهما الله- فإن عندهما لا تقبل شهادة من حد في الإسلام بعد التوبة في قذف أو غيره ، كذا ذكر أبو بكر الرازي -رحمه الله- في« شرح الطحاوي» وبقول الشافعي -رحمه الله- قال مالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله-، واختلفوا في توبته ، فقال الشافعي-رحمه الله-: توبته إكذابه نفسه ، وبه قال أحمد -رحمه الله- لما روي عن عمر- رضي الله تعالى عنه - قال : توبة القاذف إكذابه نفسه بأن يقول: كان قذفي باطلاً ، وبه قال ابن أبي جبيرة -رحمه الله- من أصحاب الشافعي -رحمه الله-، وهو رواية عن أحمد -رحمه الله.

وقال الإصطخري، من أصحاب الشافعي -رحمه الله-: توبته أن يقول كذبت فيما قلت ، ولا أعود إلى مثله وهل تعتبر مع التوبة إصلاح العمل ؟فيه قولان .

م: (قلنا: الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى :﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ (النور: الآية ٤) ش: يعني الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم لأن من جملته قوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ﴾ (النور : الآية ٤) ، ولا يرتفع الجلد بالتوبة فعلم أن الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم بل إلى ما يليه ، وهو قوله تعالى: ﴿ وأولئك هم الفاسقون﴾ (النور : الآية ٤) ، وليس من رفع الفسق قبول الشهادة كالعدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط عليه السلام : ﴿ إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين، إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين ، إلا امرأته ﴾ (الحجر : الآيات ٥٨ , ٥٩ , ٦٠) ، إن الاستثناء راجع إلى المنجين لا إلى المهلكين ، ونقول أيضًا: إن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله : ﴿وأولئك هم الفاسقون ﴾ (النور : الآية ٤) ، وليس بعطوف على أن ما قبله طلبي وهو إخباري ، فإن قلت: فاجعله بمعنى الطلب ليصح كما في قوله تعالى: ﴿ وبالوالدين إحسانًا ﴾ (البقرة : الآية ٨٣) ،

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته ، لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى ، بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق ؛لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتمام حده شهادته بعد العتق .

قلت: يأباه ضمير الفصل ، فإنه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر ، وهو مؤكد الإخبار به م: (**أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن**) ش: كما في قوله تعالى : ﴿ **لا يسمعون فيها لغواً إلا سلامًا** ﴾ (مريم : الآية ٦٢) معناه والله أعلم : ولكن سلامًا .

وهذا لأن من شرط الاستثناء كون المستثنى من جنس المستثنى منه وإن يكن له خبر على حدة ، وها هنا المستثنى هو الاسم ، والمستثنى منه الفعل فلا يكون من جنسه ، وله خبر على حدة أيضًا ، والاستثناء المنقطع يعمل بطريق المعارضة ، ولا معارضة بين حكمه ورد الشهادة ، وليس من ضرورة كونه تائبًا كونه مقبول الشهادة كالعبد التائب التقي .

وقولنا في هذا هوقول سعيد بن المسيب والحسن وشريح وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير -رضي الله عنهم - ، وهكذا روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما .

م: (**ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم ، تُقْبَل شهادته**) ش: ذكر هنا تفريعًا على ما تقدم صورته الذمي إذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته ، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة ، وعلى أهل الإسلام جميعًا م: (**لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد**) ش: أي رد شهادته لأجل قذفه كان من تتمة حده م: (**وبالإسلام حدثت له شهادة اخرى**) ش: أي غير الأولى المردودة تتمة للحد .

م: (**بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق**) ش: حيث لا تقبل شهادته عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- : تقبل كما في الكافر م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لا شهادة للعبد أصلاً**) ش: في حال رقه لا على المسلم ولا على الكافر م: (**فتمام حده برد شهادته بعد العتق**) ش: لأنه لا بد في حد القذف من رد الشهادة ، وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق ، فترد شهادته الآن تتميمًا للحد ، وللكافر شهادة على جنسه ، فيترتب عليه حكم المسلمين بإسلامه فتقبل شهادته . فإن قيل يشكل بمن زنا في دار الحرب وهو مسلم ، ثم خرج إلى دار الإسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا ، فتوقف المؤثر في العبد ولم يتوقف في الزنا . الجواب أن الزنا في دار الحرب لم يقع موجبًا أصلاً ، لعدم ولاية الإمام ، وإقامة الحد للإمام .

وأما قذف العبد موجب للحد ، وتمامه برد شهادته ، وقيل في قول المصنف-رحمه الله- : بخلاف العبد إذا حد لم تقبل شهادته ، لا فائدة في ذكر الحد إذ لو لم يحد ثم أعتق وحد لم تقبل شهادته أيضًا . وأجيب : إنما ذكره لبيان الفرق بينه وبين الكافر .

قال: ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه ولأجداده ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام:« لا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجير لمن استأجره »ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة . ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم ،

أما الكافر لو قذف مسلمًا ، ثم أسلم ثم حد ، لم تقبل شهادته ، ولو حد بعض الحد في حال كفره ، وبعضه في حال إسلامه ففيه اختلاف الروايتين ، وفي الكافر عن أبي حنيفة -رحمه الله-: في هذه المسألة ثلاث روايات : إحداها : أنه لا تسقط شهادته ما لم يضرب تمام الحد ، لأن ما دون الحد تقرير ، وهو لا يسقط الشهادة ، والثانية : إذا أقيم عليه الأكثر تقوم مقام الكل ، والثالثة : إذا ضرب سوط سقطت شهادته ، والله أعلم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد**) ش: أي ولا تقبل شهادة الولدم: (**لأبويه ولأجداده**) ش: قال الأترازي -رحمه الله- : هذا الذي ذكره بالإجماع .

قلت : عن أحمد -رحمه الله-: تقبل شهادة الولد لوالده ، وعنه : تقبل شهادة أحدهما للآخر ، وهو قول أبي ثور والمزني وداود -رحمهم الله- وحكي في القديم عن الشافعي -رحمه الله- وذكر صاحب« النهاية» ومالك -رحمه الله- : يخالفنا فيه ، فيجوز شهادة الوالد لولده ، وشهادة الولد لوالده .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في رد شهادة هؤلاء بعضهم لبعض م: (**قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**لا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لإمرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجير لمن استأجره**) ش: قال مخرج الأحاديث : هذا غريب لم يثبت عن النبي ﷺ .

ثم قال : قال في «الخلاصة» رواية الخصاف -رحمه الله- بإسناده عن النبي ﷺ ، قلت: قال الخصاف -رحمه الله- في كتاب «أدب القاضي» : حدثنا صالح بن زريق، وكان ثقة ، قال حدثنا مروان بن معاوية الثراري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة -رحمه الله- عن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي ﷺ أنه قال : « **لا يجوز شهادة الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ولا الأجير لأجيره** » .

م: (**ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة**) ش: أي ولأن منافع الأملاك متصلة في قرابة الأولاد م: (**ولهذا**) ش: أي ولاتصال المنافع فيهم م: (**لا يجوز أداء الزكاة إليهم**) ش: فلو جاز شهادة الوالد لولده أو على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه ، فلم يجز وهو معنى قوله م:

فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة . قال: والمراد بالأجير على ما قالو: التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام:« لا شهادة للقانع بأهل البيت » ،

(**فتكون شهادة لنفسه من وجه ، أو تتمكن فيه التهمة**) ش: وهو ظاهر .

م: (**قال**) ش: أي المصنف- رحمه الله- : م: (**والمراد بالأجير**) ش: أي المذكور في الحديث المذكور م: (**على ما قالوا**) ش: أي المشايخ - رحمه الله - : م: (**التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه**) ش: أي بعد نفع أستاذه نفع نفسه ، وفي «الخلاصة» : ولا يجوز شهادة الأجير لأستاذه ، أراد به التلميذ الخاص ، والتلميذ الخاص الذي أكل معه وفي عياله، وليس له أجرة المعلومة ، وأما الأجير المشترك إذا شهد للمستأجر تقبل ، وأما الأجير الواحد وهو الذي استأجره مياومة أو مشاهرة أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل .

وقال أبو العباس الناطفي - رحمه الله - في «الأجناس» يقبل شهادة الأجير ، ثم قال أبو العباس - رحمه الله - : هذا محمول على الأجير المشترك ، لأنه قد ذكر في «نوادر ابن رستم» - رحمه الله - : قال محمد - رحمه الله - : لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة ، وإن كان أجير مشترك قبلت شهادته م: (**وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام:« لا شهادة للقانع بأهل البيت**) ش: أي التلميذ الخاص ، وهو المراد من القانع المذكور في الحديث والحديث أخرجه أبو داود - رحمه الله - في «سننه» عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب -رضي الله عنه- عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ **رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه ، ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم**(١) .

وقال أبو داود - رحمه الله- : والغمر الشحناء وأخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها وقال حديث غريب والغمر العداوة ، وقال أبو عبيد :- رحمه الله- في كتاب «غريب الحديث» : الغمر العداوة ، وقال الجوهري- رحمه الله - : الغمر الحقد والغل ، هو بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وفي آخره راء مهملة ، والقانع والتابع لأهل البيت كالخادم .

وفي «المغرب» : المتعلم الذي يأكل في بيت أستاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث

---

(١) حسن : رواه أبو داود في « القضاء » باب من ترد شهادته (٣/ ٣٠٦) » [٣٦٠٠] من طريق محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ورواه ابن ماجه من طريقه في الشهادات [٢٣٦٦] من طريق حجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٦٤) من طريق آدم بن فائد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . ورواه الترمذي (٢/ ٥٧) من طريق يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعًا . والحجاج وآدم ضعيفان ، وكذلك يزيد بن زياد ضعيف : ومحمد بن راشد تكلم فيه بعضهم.

وقيل: المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها . قال: ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، وقال الشافعي -رحمه الله- تقبل؛ لأن الأملاك بينهما متميزة ،والأيدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ، ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنًا كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس. ولنا ما رويناه ، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدًا لنفسه من

م: (وقيل: المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر) ش: أي يستحق الأجرة م: (بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها) ش: أي على الشهادة ؛ لأن شهادته عمل من أعماله ، وجميع أعماله للمستأجر في مدة الإجارة .

م: (قال) ش: أي القدوري : -رحمه الله- : م: (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، وقال الشافعي -رحمه الله- :تقبل) ش: وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي -رحمهم الله- : لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقًا في ماله لو حدث بعشقها فيه ، وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة م: (لأن الأملاك بينهما) ش: أي بين الزوجين م: (متميزة) ش: بحيث لا يتصرف أحدهما في مال الآخر م: (والأيدي متحيزة) ش: أي مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الغير غير متقدمة إليه ، إذ الزوجية قد تكون سببًا للتأخر والعداوة . وقد تكون سببًا للميل والإيثار م: (ولهذا) ش: أي ولأجل تميز الأملاك بينهما وتحيز الأيدي م: (يجري القصاص والحبس بالدين بينهما) ش: أي بين الزوجين يعني يقتص من أحدهما للآخر ، ويحبس أحدهما بدين الآخر ، وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم م: (ولا معتبر بما فيه من النفع) ش: أي لا معتبر بما في قبول شهادة أحدهما لصاحبه من النفع الحصال منه للشاهد ، لأن كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه معين لا يتهم الشاهد بهذا العذر من النفع م: (لثبوته ضمنًا) ش: أي لثبوت هذا النفع من حيث الضمن في الشهادة وليس بقصدي فلا يعتبر .

م: (كما في الغريم) ش: وهو رب الدين م: (إذا شهد لمديونه المفلس) ش: حيث تقبل شهادته ، وإن كان له فيه نفع ، لأن النفع حصل ضمنًا لا قصدًا ، م: (ولنا ما رويناه) ش: أراد به الحديث الذي ذكره الآن ، لأن فيه ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته م: (ولأن الانتفاع متصل عادة) ش: بينهما عرفًا ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال: ظننت أنها تحل لي لا يحد م: (وهو) ش: أي الانتفاع هو م: (المقصود) ش: من الزوجية حتى بعد الزوج غنيًا بما لها قبل في تأويله قوله تعالى: ﴿ووجدك عائلاً فأغنى﴾ م: (الضحى الآية : ٨) . فأغناك بمال خديجة -رضي الله عنها - ، وهذا لأن الاتحاد بينهما أكثر ما يكون بين الوالد والولد في العادة والشريعة فإنهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في إقامة الأسباب المعنية ، فإن الإنسان قد يعادي والديه لرضى زوجته ولهذا يستحق أحدهما الميراث من الآخر بغير حجب وإذا كان كذلك م: (فيصير شاهدًا لنفسه من

وجه أو يصير متهمًا بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود به ، ولا شهادة المولى لعبده، لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين ؛ لأن الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه شهادة لنفسه من وجه

وجه أو يصير متهمًا) ش: في شهادته تجر النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة .

م: **(بخلاف شهادة الغريم)** ش: جواب عما ذكره الشافعي - رحمه الله -، وذلك م: **(لأنه)** ش: أي لأن الغريم م: **(لا ولاية له على المشهود به)** ش: إذ هو مال المديون ولا تعرف له عليه ، فلم يكن متهمًا فجازت شهادته لا يقال: الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذوه ، لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ بناء عليه ، ولا كذلك الزوجان .

فإن قلت : إن فاطمة -رضي الله عنها- ادعت فدك بين يدى أبي بكر -رضي الله عنه- فجوز ذلك حيث شهد لها ، وفاطمة -رضي الله عنها- جوزت ذلك أيضًا ، حيث استشهدت عليًا رضي الله عنه ، ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك ، فكان إجماعًا ، والإجماع مقدم على القياس ، وخبر الواحد .

قلت : الصحيح من الرواية : أن أبا بكر -رضي الله تعالى عنه- رد دعواها ، فإنها ادعت فدك ميراثًا من النبي ﷺ ، فرد دعواها وقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:« **إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة**»[1] .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(ولا شهادة المولى لعبده)** ش: أي ولا تقبل شهادة المولى لعبده م: **(لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين)** ش: لأن العبد وما في يده لمولاه م: **(أو من وجه)** ش: أي أو شهادة لنفسه من وجه م: **(إن كان عليه)** ش: أي على العبد م: **(دين لأن الحال)** ش:أي حال العبد م: **(موقوف مراعى)** ش: بين أن يصير العبد مقومًا بسبب بيعهم في دينهم ، وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله- : م: **(ولا لمكاتبه)** ش: أي ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه م: **(لما قلنا)** ش: من قوله شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه ، وفي بعض النسخ لما قلنا .

وكذا لا يجوز شهادته لمدبره وأم ولده وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - م: **(ولا شهادة الشريك لشريكه)** ش: أي ولا تقبل شهادة أحد الشريكين للآخر م: **(فيما هو من شركتهما)** ش: أي من الذي هو مشترك بينهما م: **(لأنه شهادة لنفسه من وجه)** ش: لأن كل ما يحصل للمشهود له

---

(١) رواه أحمد (٢/ ٤٦٣) من طريق سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . وإسناده صحيح .

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال : وإذا قال العبد لرجل :اشتر لي نفسي من مولاي بألف ودفعها إليه ، فإن قال الرجل للمولى: اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه ، إذ لا يرجع عليه

م: (**فصل في التوكيل بشراء نفس العبد**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم التوكيلي بشراء نفس العبد ، والمصنف-رحمه الله-ذكر في هذا الفصل مسألتين :

أولهما : توكيل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه ، والثانية : أن يوكل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه . فالعبد في الأولى موكل ، والثانية وكيل .

وتحل الترجمة على طبق الوجهين ، لمقتضى أن الألف واللام في التوكيل بدلاً من المضاف إليه ، فالتقدير في الوجه الأول: فصل في التوكيل العبد رجلاً ليشتريه لنفسه من مولاه ، وفي الوجه الثاني: فصل في توكيل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه ، وعلى التقديرين المصدر مضاف إلى فاعله في الوجهين ، ولكنه يختلف أيضًا ، ففي الأول المفعول هو الرجل ، وفي الثاني هو العبد، والأكمل -رحمه الله-سعى هنا حيث جعل المصدر مضافًا إلى الفاعل والمفعول وليس كذلك والوجه ما قلناه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بألف درهم ودفعها إليه**) ش:، أي دفع العبد الألف إلى الرجل الذي وكله م: (**فإن قال الرجل**) ش: أي الوكيل م: (**للمولى: اشتريته**) ش: أي العبد م: (**لنفسه**) ش: أي لنفس العبد م: (**فباعه على هذا**) ش: ي على هذا الوجه م: (**فهو حر**) ش: أي العبد يصير حرًا م: (**والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه**) ش: أي من العبد م: (**إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل**) ش: لأن العبد لا يملك ، وإن ملك لأنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازاً عن الإعتاق إذ البيع إزالة ملك بعوض ، والإعتاق إزالة لا إلى أحد ، فجاز أن يستعار منه ؛ كذا قاله تاج الشريعة -رحمه الله- .

حاصل الكلام: ما قاله المصنف -رحمه الله- : إن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال ، والإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك بأن شراء العبد لنفسه قبول منه للمعتق ببدل .

م: (**والمأمور سفير عنه**) ش: أي عن العبد حيث أضاف العقد إلى موكله م: (**إذ لا يرجع عليه**

الحقوق ، فصار كأنه اشترى بنفسه . وإذا كان إعتاقًا أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها . بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنًا للعبد ،فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هنالك

الحقوق) ش: هذا تعليل لقوله : سفير عنه ، أي لأن حقوق العبد لا ترجع إليه كما إذا كان كذلك م: (فصار كأنه) ش: أي كأن العبدم: (اشترى بنفسه) ش: من نفسه .

م: (وإذا كان إعتاقًا أعقب الولاء) ش: لأن الولاء للمعتق م: (وإن لم يعين للمولى) ش: أي وإن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد م: (فهو عبد للمشتري) ش: أي يكون العبد للمشتري م: (لأن اللفظ) ش: أي قوله اشتريت عبدك بكذا موضوع م: (حقيقة للمعاوضة) ش: لأن المولى قال بعت هذا العبد بألف ، وقال الوكيل اشتريت وليس بحقيقة للإعتاق م: (وأمكن العمل بها) ش: أي بحقيقة اللفظ م: (إذا لم يعين) ش: أي إذا لم يقل : اشتريت عبدك لأجل عبدك ، م: (فيحافظ عليها) ش: أي على المعاوضة .

م: (بخلاف شراء العبد نفسه) ش: حيث يجعل الإعتاق لتعذر العمل بالمعاوضة فإنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازًا عن الإعتاق، وهو معنى قوله : م: (لأن المجاز فيه متعين) ش: والمجاز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض على آخر ، والإعتاق يزيل لا إلى آخر، وقد مر الكلام فيه .

م: (وإذا كان معاوضة يثبت الملك له) ش: أي المشتري م: (والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله) ش: أي مثل ذلك الألف حال كونه م: (ثمنًا للعبد) ش: وقال الكاكي -رحمه الله- : ثمنًا نص على التمييز ، قلت : الأوجه أنه يكون حالاً بتأول تثمينًا م: (فإنه) ش: أي فإن الثمن م: (في ذمته) ش: أي في ذمة المشتري م: (حيث لم يصح الأداء) ش: المشتري هو المأمور.

قال في « النهاية » : وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري ، وأما إذا وقع الشراء للعبد حتى يعتق هل يجب على العبد ألف أخرى . قال الإمام قاضي خان -رحمه الله- : لم يذكره في الكتاب ولكن يجب عليه ألف أخرى ، لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه .

م: (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) ش: أي من غير العبد بأن وكل أجنبي أجنبيًا آخر بشراء العبد من مولاه م: (حيث لا يشترط بيانه) ش: بأن يقول وقت الشراء : اشتريته لموكل لوقوع الشراء للموكل م: (لأن العقدين) ش: يعني الذي يقع له والذي للموكل م: (هنالك) ش: أي في

على نمط واحد ، وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد . أما ههنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلابد من البيان . ومن قال لعبد : اشتر لي نفسك من مولاك ، فقال لمولاه: بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر، لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه ؛ لأنه

حق البائع م: (**على نمط واحد**) ش: أي على نوع واحد وهو المبايعة والنمط والنوع والطريقة أيضًا م: (**وفي الحالين**) ش: أي في حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله م: (**المطالبة تتوجه نحو العاقد**) ش: فلا يحتاج إلى البيان م: (**أما ههنا**) ش: أي في صورة توكيل العبد بشراء نفسه م: (**فأحدهما**) ش: وفي بعض النسخ : أما ها هنا فأحدهما بدون لفظة فإن أي أحد الحالين م: (**إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل**) ش: لأنه سفير .

هذه رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق : أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل ، وذكر في باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب «الوكالة» : أن العبد يعتق والمال على الوكيل ، وهكذا ذكر في وكالة الجامع : ولو بين للمولى أنه يشتريه لنفسه لكن أضاف الشراء لنفسه ، ذكر محمد -رحمه الله- في كتاب الوكالة : أن العبد يعتق والثمن على العبد لا الوكيل، وذكرفي «الجامع الكبير» : وجب الثمن على الوكيل ويرجع به على العبد . وعن عيسى ابن أبان -رحمه الله- : الصحيح أن الثمن على العبد .

م: (**والمولى عساه لا يرضاه**) ش: أي الإعتاق لأنه لو أعتق والمولى لا يعلم به يلزمه الضرر ولا يرضى به ، لأن ولاءه يكون له ، فهو موجب جنايته يكون أيضًا عليه بحكم الولاء ، فتعذر تنفيذه على المولى وأمكن تنفيذه على الوكيل والآخر معاوضة محضة ، والمطالبة على الموكل م: (**ويرغب**) ش: أي المولى عساه يرغب م: (**في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان**) ش: قوله عساه لا يرضاه، حق الكلام أن يقال: عساه وأن لا يرضاه، لأن قوله: لا يرضاه في محل النصب، يعني ولكنه شبه عسى بكاد ، فاستعمل استعماله وذكر ضمير الغائب مقام الظاهر أحد المذاهب الثلاثة كما عرف في موضعه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في« الجامع الصغير» : م: (**ومن قال لعبد : اشتر لي نفسك من مولاك**) ش: هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين شملتا هذا الفصل م: (**فقال**) ش: أي العبد م: (**لمولاه: بعني نفسي لفلان بكذا ففعل**) ش: أي المولى م: (**فهو**) ش: أي العقد والعبد م: (**للآمر لأن العبد يصلح أن يكون وكيلاً عن غيره في شراء نفسه**) ش:، وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول ومالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- .

وقال الشافعي -رحمه الله- في قول: لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل م: (**لأنه**) ش: أي

أجنبي عن ماليته ، والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده ،حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن ، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً ، فيقع العقد للآمر .وإن عقد لنفسه فهو حر ، لأنه إعتاق ،وقد رضي به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل .

لأن العبد م: (**أجنبي عن ماليته**) ش: لأنها لمولاه ، ولهذا لو أقر بماليته لغيره لا يصلح م: (**والبيع يرد عليه**) ش: أي على العبد م: (**من حيث إنه مال**) ش: فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه م: (**إلا أن ماليته في يده**) ش: استثناء عن قوله لأنه أجنبي عن ماليته لأنها لمولاه إلا أنها بيده م: (**حتى لا يملك البائع**) ش: وهو المولى م: (**الحبس بعد البيع**) ش: لاستيفاء الثمن لأن ماليته في يده لكونه مأذونًا له كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبائع حبسه م: (**لاستيفاء الثمن فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله**) ش: أي فعل العبد نتيجة الدليل .

وتقريره العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه مال وكل من يصلح وكيلاً عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صح فعله م: (**امتثالاً**) ش: فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً م: (**فيقع العقد للآمر**) ش: قياسًا على حر توكل بشيء وفعله ، وقوله ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت .

وهو يخالف ما ذكر في «الجامع» ، فإن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيد الملك إذ وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد : بعني نفسي من فلان فقال : بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي ، فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه ، فيتم بقول المولى بعت مسبوقًا بقول العبد بعني نفسي .

فإن قلت: إذا أضاف إلى الموكل فمن الطالب بالثمن؟ . أجيب: بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد ، فإن قلت قد يكون محجوراً عليه ومثله لا يرجع إليه الحقوق ؟ ، وأجيب : بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه ، فإن المباشرة تستدعي به تصور صحة المباشرة ، وهو إذن .

م: (**وإن عقد لنفسه فهو حر**) ش: يعني إذا قال : بعني نفسي مني فقال : المولى بعت ، فهو حر م: (**لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة**) ش: لأنه علم أن البيع منه إعتاق م: (**والعبد وإن كان وكيلاً**) ش: هذا جواب إشكال وهو أن يقال : ينبغي أن لا يجوز بيعه لنفسه لأنه وكيل بشراء معين لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه ، فينبغي أن لا يتمكن العبد من ذلك فأجاب بقوله : والعبد وإن كان وكيلاً م: (**بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر**) ش: وهو الإعتاق على مال فكان مخالفًا ، م: (**وفي مثله ينفذ الشراء على الوكيل**) ش: والوكيل إذا خالف نفذ الشراء على

وكذا لو قال: بعني نفسي ، ولم يقل لـفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين ، فـلا يقع امتثالاً بالشك ، فيبقى التصرف واقعًا لنفسه .

الوكيل .

م: (**وكذا لو قال :بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق**) ش: وهو قوله « بعني نفسي »

م: (**يحتمل الوجهين**) ش: أي يحتمل أن يكون مشتريًا بنفسه لنفسه ويحتمل أن يكون مشتريًا لغيره

م: (**فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعًا لنفسه**) ش: لأن الظاهر أن الإنسان يتصرف لأجل نفسه لا سيما تصرفًا يحصل منه الإعتاق .

وقال الأكمل -رحمه الله- : وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة بالنية .

وأجيب : بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز ، وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه ، فإن الحقيقة بالنسبة إليه غير مقصودة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله : وقد رضي المولى به دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله : لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحًا ، لأنا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ ، وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه ، وهي خارجة عن مفهوم اللفظ .

* * *

فصل في البيع

قال : والوكيل بالبيـع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبـل شهادته له عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه ،

م: **(فصل في البيع)**

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام التوكيل بالبيع ولما فرغ عن بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان التوكيل بالبيع ، وأخر هذا الفصل عن بيان الفصل المتقدم لأنه يتضمن الإزالة وذلك يتضمن الإثبات وهو مقدم .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله-م: **(والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له)** ش: مثل ابنه وأخيه م: **(عند أبي حنيفة - رحمه الله -)** ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول ومالك وأحمد -رحمهما الله-في وجه .

م: **(وقالا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة)** ش: أي وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- يجوز بيعه من الأقارب الذين لا تقبل شهادته لهم بمثل القيمة ، إشارة إلى أنه لا يجوز بغبن يسير وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة ، ولكن ذكر في « الذخيرة» أنه يجوز بيعه من هؤلاء بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بمثل القيمة .

وقال فيها : لو باع ممن لا تقبل شهادته له بأكثر من القيمة يجوز بيعه بلا خلاف وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف، وفي الغبن اليسير يجوز عندهما ولا يجوز عنده ، وبمثل القيمة عند أبي حنيفة -رحمه الله-روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وبيعه منهم بأكثر من القيمة وشراؤه منهم بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف ، وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-باتفاق الروايات .

م: **(إلا من عبده أو مكاتبه)** ش: فإنه لا يجوز عندهما أيضاً لأن البيع من هؤلاء كالبيع من نفسه فلا يجوز وقيد في« المبسوط» بقوله : إلا من عبده الذي لا دين عليه لأن كسبه لمولاه فيبيعه منه كبيعه من نفسه ، فكان فيه إشارة إلى أنه إذا كان عليه دين يجوز في تعميم المشيئة ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيعه من نفسه عندنا والشافعي -رحمه الله- وأحمد - رحمه الله- في ظاهر مذهبه . وعن أحمد -رحمه الله-في رواية : يجوز ، وبه قال مالك والأوزاعي -رحمهما الله- : إذا لم يخاف لعدم التهمة ، قلنا : لو جاز يؤدي إلى التضاد في الأحكام فإنه يكون مستزيداً ومستنقصاً أيضًا ومخاصمًا في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى.

لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متبـاينة ،والمنافع منقطعة بخلاف العبد ؛ لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز . وله : أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ، ولأن المنافع بينهم متصلة ، فصار بيعًا من نفسه من وجه

وفي «المبسوط» : المراد من عدم الجواز في البيع من هؤلاء عند أبي حنيفة -رحمه الله-في مطلق ،الوكالة ؛ أما لو قيد الوكالة بتعميم المشيئة بأن قال: بع لمن شئت يجوز البيع من هؤلاء بلا خلاف ، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز فإن قيل يشكل على قول أبي حنيفـة -رحمه الله-بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة حيث يجوز سهوًا ظهر الربح أم لا ، والمضارب قبل ظهور الربح وكيل . قلنا : قال بعض مشايخنا -رحمهم الله- عدم الجواز عنده مطلقًا على ما إذا باعه بالغبن ، أما البيع بمثل القيمة فجائز في المضاربة من هؤلاء .

م: (**لأن التوكيل مطلق**) ش: أى عن التقييد بشخص دون آخر ، والمطلق يعمل بإطلاقه م: (**ولا تهمة**) ش: أى في البيع بمثل القيمة هذا نفي التهمة من حيث المالية وقوله م: (**إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة**) ش: فـفي التهمـة إيثار الغبن ، فكان هذا جواب عن قول أبي حنيفـة-رحمه الله- : إن في البيع بمثل القيمة تهمة إيثار الغبن ، فلما كانت المنافع منقطعة لم يكن الوكيل مبيعًا بذلك الغبن فلا يورث التهمة ، والدليل على تباين الأملاك حل وطء الابن جاريته ، ولا يحل وطء جارية أبيه لتباين ملك أبيه عن ملكه وتباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع .

م: (**بخلاف العبد**) ش: فإنه لا يجوز بيع الوكيل من عبده الذي لا دين عليه م: (**لأنه بيع من نفسه**) ش: أي لأن بيع الوكيل من عبده بيع من نفسه م: (**لأن ما في يد العبد حق المولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب**) ش: حتى لا تصلح تبرعاته ولا تزويج عبده م: (**فينقلب**) ش: أي حق المولى م: (**حقيقة**) ش: أي ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك م: (**بالعجز**) ش: أي بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة لأن المولى يملك حينئذ جميع المال في يده .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- : م: (**أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات**) ش: لأن الوكالة شرعت للأمانة ، فيكون الوضع موضع الأمانة فلو كانت التهمة داخلة فيها لعاد على موضوعه بالنقض **وهذا موضع التهمة**) ش: التهمة مأخوذة من وهم بالفتح ، أي ذهب يعني يذهب الوهم أنه إنما يختار هذا النفع لنفسه فيكون عاملاً لنفسه والوكيل يعمل بغيره م: (**بدليل عدم قبول الشهادة**) ش: فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال آخر م: (**ولأن المنافع بينهم متصلة فصار**) ش: أي بيع الوكيل من هؤلاء م: (**بيعًا من نفسه من وجه**) ش: وصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه ، وفي البيع إخراج وإدخال من الجانبين ، وفي البيع من هؤلاء إخراج إلى نفسه من وجه فلا يجوز .

والإجارة والصرف على هذا الخلاف . قال :والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ،ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير ، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ؛لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ،ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد

م: (**والإجارة والصرف على هذا الخلاف**) ش: أي الوكالة بالإجارة والصرف على الخلاف المذكور ، وإنما خصها بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها البيع ، وكان يجب أن لا يجوز مع هؤلاء ، فبين أنهما على الاختلاف أيضًا ، وفي «الكافي» : ولو اشترى من هؤلاء عينًا بثمن معلوم وأراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده ، خلافًا لهما بناءً على هذا الأصل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: ليست هذه المسألة الوكيل بالبيع مطلقًا يملك البيع بما عز وهان وبأي من كان وإلى أجل كان متعارفًا وغير متعارف .

م: (**وقالا : لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه**) ش: أي قاله أبو يوسف ومحمد-رحمهما الله - ، لا يجوز الغبن الفاحش ويجوز الغبن اليسير م: (**ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير**) ش: أي لا يجوز بغير النقود .

وقال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله- : يجوز بثمن المثل وبنقد البلد ، فإن كانت النقود مختلفة بعقير الأغلب ولا يبيع إلا حالاً ، وإن استويا باع بما هو أنفع للموكل ، وفي «الذخيرة» : إذا باع بأجل متعارف فيما بين الناس في تلك الساعة ، بأن باع مثلاً إلى خمسين سنة وما أشبه ذلك .

فعند أبي حنيفة -رحمة الله تعالى عليه- : يجوز ، وعندهما : لا يجوز ، ثم قال : إنما يجوز البيع بالنسبة إذا لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد ، أما إذا كان لا يجوز وذلك نحو أن يقول : بعه واقض ديني .

أو قال : بعه فإن الغرماء يلازمونني ، أو قال : بعه فإني أحتاج إلى نفقة عيالي ، ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق .

م: (**لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف**) ش: أي لأن المطلق بالأمر يتقيد بما هو متعارف بين الناس م: (**لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ،والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا**) ش: أي ولأجل تقيد التصرفات بمواقعها م: (**يتقيد التوكيل بشراء الفحم**) ش: وفي بعض النسخ بشراء الفحم وهو أليق بقران قوله : بزمان الحاجة ، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم م: (**والجمد**)

والأضحية بزمان الحاجة . ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ، وكذا المقايضة ، بيع من وجه وشراء من وجه ، فلا يتناوله مطلق اسم البيع . ولهذا لا يملكه الأب والوصي ،وله:أن التوكيل بالبيع مطلق ،فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين، والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة - رحمه الله - على ما هو المروي عنه .

ش: بسكون الميم لا غير ما جمد من الماء م: (والأضحية بزمان الحاجة) ش: في تلك السنة لا السنة الآتية .

الحاصل : أن التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد والجمد بأيام الصيف والأضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ، وقيل هذا قولهما ، أما على قول أبي حنيفة -رحمه الله- : لا يتقيد ولو وكله بشراء اللحم يدخل فيه لحم البقر والإبل والضأن وقيل : إن كان الأمر غريبًا يتصرف إلى المطبوخ ولا يدخل الكرش والبطون والأكباد والرءوس والأكارع واللحم القديد ولحم الطيور والوحوش، وكذا لا تدخل الشاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة ، وعند الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- : يقع على ما يباع في العادة في الكل .

م: (ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه) ش: وهو ظاهر م: (وهبة من وجه) ش: ألا ترى أنه لو باع مريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث ، والأب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش م: (وكذا المقايضة) ش: أي البيع بالعرض م: (بيع من وجه وشراء من وجه) ش: وهو وكيل بالبيع لا بالشراء م: (فلا يتناوله) ش: أي فلا يتناول التوكيل بالبيع في البيع بغبن فاحش وفي بيع المقايضة م: (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي) ش: لأن المطلق ينصرف إلى الكامل .

م: (وله: أن التوكيل بالبيع مطلق) ش: يعني غير مقيد بشيء م: (فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة) ش: فيتناول كل ما يطلق عليه البيع م: (والبيع بالغبن) ش: وبالغين المعجمة والباء الموحدة م: (أو بالعين) ش: بالعين المهملة وسكون الياء آخر الحروف ، وهو العرض ، وهذا جواب عن قولهما : يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف ، لكن البيع بالغبن والعين م: (متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم) ش: بالعين ، من تبرم به إذا شبه وكذا برم به بالكسر ، وعند العامة م: (من العين) ش: لا يبالي بقلة الثمن وكثرته م: (والمسائل) ش: أي مسائل شراء الفحم والجمد م: (ممنوعة على قول أبي حنيفة -رحمه الله- على ما هو المروي عنه) .

ويقال من جهة أبي حنيفة -رحمه الله-ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول إنما يتقيد بدلالة العرض لا بدلالة العادة ، لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء ،

وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به ، غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع ؛ لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه . والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما . قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها،ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله ،

والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر ، وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص العين كالحدادين وغيرهم أو تربص الجمد ، كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد ، كذا قال الإمام علاء الدين -رحمه الله- في طريقة الخلاف ، وكذلك التوكيل بالأضحية ، يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة ، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة .

م: (**وأنه**) ش: أي وأن البيع بالغبن أو العين م: (**بيع من كل وجه حتى أن من حلف أن لا يبيع يحنث به**) ش: أي بالبيع بالغبن أو العين ، فلما جعل هذا بيعًا مطلقًا في اليمين جعل في الوكالة كذلك م: (**غير أن الأب والوصي**) ش: جواب عما يقال لو كان ذلك بيعًا من كل وجه لملكه الأب والوصي ، وتقرير الجواب : أن الأب والوصي م: (**لا يملكانه**) ش: أي البيع بالعين م: (**مع أنه بيع**) ش: يعني يطلق عليه أنه بيع ،م: (**لأن ولايتهما نظرية**) ش: أي لأن ولاية الأب والوصي على الصغير من حيث النظر في أمرهما بالشفقة وأيضًا النفع إليه م: (**ولا نظر فيه**) ش: أي في بيع الغبن .

م: (**والمقايضة**) ش: جواب عن قولهما ، وكذا المقايضة، وتقرير الجواب أن المقايضةم: (**شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما**) ش: وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي ، وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ، **فإن قيل** : فمن المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة . **قلنا** : إنما كان محالاً إذا كان ذلك من جهة واحدة ، وليس كذلك ، فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه ، وشراء بالنسبة إلى غرض صاحبه .

فإن قيل : إذا كان الأمر كذلك ، فمن أي وجه رجح أبو حنيفة -رحمه الله-جانب البيع .

قلنا : ذكر في« المبسوط» : جانب البيع يرجح على جانب الشراء في البيع بالغرض . ألا ترى أن أحد المضاربين إذا اشترى بغير إذن صاحبه ، كان مشتريًا لنفسه ، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئًا من مال المضاربة يوقف على إجازة صاحبه ، فإنه باعه بغرض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله**) ش: وهو الغبن الفاحش ولا خلاف فيه

لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه ، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه ، قالوا : ينفذ على الآمر ؛لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح ، إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده ؛ لأنه لابد من الإضافة إلى الموكل في العقد ، فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد .

بين الأئمة الأربعة م: (**لأن التهمة فيه متحققة**) ش: أي في هذا الشراء لتحقق التهمة فيه ، والتهمة معتبرة في باب الوكالة ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة م: (**فلعله**) ش: أي ولعل الوكيل م: (**اشتراه**) ش: أي اشترى الشيء الذي وكل به م: (**لنفسه**) ش: أي لأجل نفسه م: (**فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره**) ش: أي لغير نفسه لأنه لما رأى الخسران في الشراء ألحقه بالموكل م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى ما ذكر في المتن قبل ورقة بقوله : « لأنه موضع تهمة» بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر م: (**حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه**) .

م: (**قالوا:**) ش: أي قال المشايخ وأراد به عامة المشايخ -رحمهم الله- فإن بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش ، وقال: لا يتحمل فيه اليسير أيضًا م: (**ينفذ على الآمر**) ش: لانتفاء التهمة م: (**لأنه لا يملك شراءه لنفسه**) ش: أي لأن الوكيل لا يملك أن يشتريه لنفسه ، وإن نوى الشراء لنفسه وصرح بذلك ، بأن قال: اشهدوا أني قد اشتريتها لنفسي إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خبر ، أو خالف إلى جنس آخر على ما مر مرة .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله-: جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد ، فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال في «بيوع التتمة»وبه يفتى .

م: (**وكذا الوكيل بالنكاح**) ش: على الخلاف المذكور م: (**إذا زوجه**) ش: أي موكله م: (**امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله-، ووقع في بعض النسخ جاز عقده بالقاف ، والظاهر أنه تصحيف وإن كان له وجه م: (**لأنه لابد من الإضافة**) ش: أي من إضافة العقد م: (**إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة**) ش: وأشار به إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة ، قال محمد -رحمه الله-في «الأصل» وإذا وكل رجل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها ، فزوجها إياه فهو جائز ، فإن زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة-رحمه الله- . وفي قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- إذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله ، فهو جائز ، وإذا أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن ترضاه م: (**ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد**) ش: أي لأنه لا يضيف العقد إلى الموكل حيث يقول اشتريت، ولا يقول لفلان .

قال : والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وقيل في العروض دهنيم ، وفي الحيوانات ده يازده ، وفي العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-م: (**والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين**) ش: لما ذكر الغبن اليسير والفاحش شرع أن يبين كيفيتهما فقال والذي . . . إلى آخره، وقوله والذي مبتدأ وخبره هو قوله ما لا يدخل ، ومقابل هذا مما يتغابن فيه ، وقال الطحاوي -رحمه الله-في «مختصره» ، والمقدار الذي يتغابن الناس نصف العشرة وأقل منه ، وهذا غير منصوص عنهم ، ولكن مذاهبهم تدل عليه .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي -رحمه الله-في «شرح الجامع الكبير» : اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير، منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل ، وما لا يدخل فهو كثير، ومنهم من قال: ذلك مفوض إلى رأي القاضي .

م: (**وقيل**) ش: هذا معطوف على ما تضمن قوله ما يدخل تحت تقويم المقومين وهو بيان للغبن اليسير ، وقال نصير بن يحيى -رحمه الله- : إنه قال قدر ما يتغابن الناس فيه م: (**في العروض دهنيم**) ش: بفتح الدال المهملة وسكون الهاء اسم عشرة بالفارسي ونيم بكسر النون وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره ميم وهو اسم النصف والمراد هنا نصف درهم م: (**وفي الحيوانات: ده يازده**) ش: وهذا اسم لأحد عشر وزيادة بالياء آخر الحروف بعدها ألف ثم زاي ساكنة ثم دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة م: (**وفي العقارات ده دو أزده**) ش: وهذا اسم لاثني عشر ودو نزده بضم الدال المهملة وبالواو وسكون النون بعد الألف وسكون الزاي والتقاء الساكنين عندهم مغتفر كثير وبعد الزاي دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة .

وقال الأترازي -رحمه الله- ناقلاً عن لفظ الشيخ أبي المعين النسفي ومحمد-رحمهما الله- : قدر في هذا الكتاب بده نيم يعني في «الجامع الكبير» ومشايخ بلخ أدخلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شعيب بن إدريس -رحمه الله-حكى عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار بده دوا زاد، وفي الحيوان بده يازده وفي العروض: بده نيم .

م: (**لأن التصرف يكثر وجوده في الأول**) ش: وهو قوله في العروض ده نيم م: (**ويقل في الأخير**) ش: وهو قوله في العقارات: ده دو أزده م: (**ويتوسط في الأوسط**) ش: وهو قوله في الحيوانات: ده ياز ده م: (**وكثرة الغبن لقلة التصرف**) .

ش: وأوضح ذلك الشيخ الأكمل -رحمه الله-قال : بلا ، فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان

قال :وإذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه ، جاز عند أبي حنيفة - رحمه الله- لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ، ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده ، فإذا باع النصف به أولى . وقالا : لا يجوز لأنه غير متعارف ؛ولما فيه من ضرر الشركة ، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع

يسيراً لزم الآمر ، وإن زاد على ذلك لزم الموكل ، والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص من كثرتها وقلتها ، وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته .

وفي القسم الأول كثير ، وفي الأخير قليل ، وفي الأوسط متوسط ، وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل أصلاً والدرهم مال يحبس لأجله ، فقد لا يتسامح به وفي المماكسة ، فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب المواقع ، فما كان أقل وقوعًا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله-في الجامع الصغير م: **(وإذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة -رحمه الله -)** ش: يعني إذا وكل رجل رجلاً ببيع عبده أي مطلقًا ، وإنما وضع المسألة في العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لأنه إذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريعه ضرر ، كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ، ذكره في «الإيضاح» م: **(لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع)** ش: فيجري على إطلاقه ، واستوضح بقوله :

م: **(ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - : م: **(فإذا باع النصف به)** ش: أي بذلك الثمن م: **(أولى)** ش: لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن ، وإنما قيد بقوله «عنده » لأنه لا يجوز عندهما لأنه غبن فاحش ، وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- ، فإن قيل : إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركة ، أما في بيع النصف بنصف الثمن يلزم الشركة وهي عيب في الأعيان ، فكان يحالفه إلى الشراء . قلنا : ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف ، فلما جاز ذلك على قوله فلان يجوز هذا وهو أهون أولى .

م: **(وقال : لا يجوز لأنه غير متعارف)** ش: لأن التوكيل به ينصرف إلى التعارف وبيع النصف غير متعارف م: **(ولما فيه من ضرر الشركة)** ش: أي لما في بيع النصف من ضرر الشركة لأنها عيب م: **(إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما)** ش: أي الوكيل والموكل م: **(لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع**

الأول تبين أنه وقع وسيلة . وإذ لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ،وهذا استحسان عندهما.وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف ، فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثًا بين جماعة ،فيحتاج إلى شرائه شقصًا شقصًا، فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة ، فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق. والفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - أن في الشراء تتحقق التهمة

الأول تبين أنه وقع وسيلة) ش: إلى الامتثال م: (**وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا**) ش: أي كون البيع موقوفًا إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة م: (**استحسان عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- ، لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف .

وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- في «شرح الجامع الصغير» : وفي قول زفر-رحمه الله- : يكون الشراء لنفسه في الأحوال كلها ،وفي «شرح الطحاوي» ، ولو اختصم الوكيل مع الموكل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي وألزم القاضي الوكيل، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالإجماع ، وكذلك هذا الحكم في جميع الأشياء التي في تنقيصها مضرة ، ويكون التنقيص فيه عيبًا كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك ، والذي ليس فيه التنقيص عيبًا ، فاشترى بعضه لزم الآمر ، وقد مر هذا عن قريب، ولو وكله بشراء عبدين فاشترى له أحدهما لزم الآمر بالإجماع ، وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحدًا منها لزم الآمر .

م: (**وإن وكله**) ش: وفي بعض النسخ وإن وكله أي وإن وكل رجل رجلاً م: (**بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف**) ش: بالاتفاق وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول وأحمد-رحمه الله-في رواية ، وقالا في قول ورواية : لا ينفذ على الآمر م: (**فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال ، بأن كان موروثًا من جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصًا شقصًا**) ش: الشقص القطعة من الأرض ، والطائفة من الشيء ، فإذا اشترى شقصًا شقصًا حتى اشترى الباقي كان وسيلة إلى تحصيل مقصود الآمر فجاز، وإليه أشار بقوله : م: (**فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة ، فينفذ على الآمر**) ش: لأنه يصير كأن اشترى جملة ، وزالت التهمة م: (**وهذا بالاتفاق**) ش: لأنه لما اشترى باقيه ارتفع الخلاف .

وقال القدوري -رحمه الله-في كتابه المسمى« بالتقريب» : قال أبو يوسف -رحمه الله- : إذا وكل رجل رجلاً أن يشتري له عبدًا فاشترى نصفه جاز عتق الآمر فيه ، ولم يجز عتق الوكيل ، وقال محمد -رحمه الله- : يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل م: (**والفرق لأبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: أي بين البيع والشراء م: (**أن في الشراء تتحقق التهمة**) ش: لأن صحة الأمر بتسمية العبد

على ما مر ، وآخر أن الآمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه ، والآمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق . قال : ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله لقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره ، فإنه يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع،

ونصف العبد ليس بعبد ، فلا يصير به ممتثلاً أمر الآمر ، وأما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين وذلك موجود في البعض فيعتبر فيه إطلاقه .

وتحقيق الكلام فيه : أن أبا حنيفة -رضي الله تعالى عنه- يعتبر العموم والإطلاق في التوكيل بالبيع ، وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى قوله الذي تقدم لأن التهمة فيه متحققة ، م: (**وآخر**) ش: أي فرق آخر بين البيع والشراء م: (**أن الآمر في البيع**) ش: أي في صورة التوكيل بالبيع م: (**يصادف ملكه**) ش: أي ملك الآمر م: (**فيصح**) ش: أي أمره لولايته على ملكه م: (**فيعتبر فيه إطلاقه**) ش: أي إطلاق الأمر ، فجاز بيع النصف لأن الأمر وقع مطلقًا عن الجمع والتفريق .

م: (**والآمر بالشراء**) ش: أي الأمر بالتوكيل في الشراء م: (**صادف ملك الغير**) ش: وهو مال البائع م: (**فلم يصح**) ش: أي الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للآمر في مال الغير ، وإنما صح ضرورة لحاجته إليه ولا عموم لما ثبت ضرورته م: (**فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق**) ش: فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتأدى بالتعارف ، وهو شراء الكل لا البعض ، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض ، إلا إذا اشترى البعض قبل أن يختصما على ما مر .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في الجامع الصغير م: (**ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه**) ش: أي على البائع م: (**بعيب لا يحدث مثله**) ش: كالإصبع الزائدة ، والسن الشاغية م: (**لقضاء القاضي**) ش: إما م: (**ببينة**) ش: قامت على المأمور م: (**أو بإباء يمين**) ش: أي القضاء بنكول المأمور عن اليمين عند توجهها إليه م: (**أو بإقراره**) ش: أي القضاء بإقرار المأمور بالعيب م: (**فإنه**) ش: أي فإن المأمور م: (**يرده**) ش: أي يرد العبد م: (**على الآمر**) ش: من غير خصومة ، إذ الرد على الوكيل رد على الموكل م: (**لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع**) ش:، فإن قيل : إذا كان الوكيل مقراً بالعيب يرد عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما فائدة من ذكره .

أجيب : بأنه يحتاج في صورة الإقرار إلى القضاء ، لأنه يمكن أن يقر بالعيب ويمتنع عن

فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج ، وتأويل اشتراطها في الكتاب: أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع ، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ، أو كان عيبًا لا يعرفه إلا النساء والأطباء ، وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد ، فيفتقر إليها في الرد ، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها ، وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة . قال و كذلك إن رد عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين ، لأن البينة حجة مطلقة ، والوكيل مضطر في النكول

القبول فالقاضي يجبره على القبول م: (**فلم يكن قضاؤه مستنداً**) ش: هذا جواب عما يقال : لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضاء إلى هذه الحجج ، بل تقضى بدونها لعلة قطعها بوجود العيب عند البائع ، وتقرير الجواب بأن يقال لم يكن قضاؤه مستنداً م: (**إلى هذه الحجج**) ش: وهي البينة ، والإقرار ، والإباء عن اليمين م: (**وتأويل اشتراطها في الكتاب**) ش: أي اشتراط الحجج المذكورة في «الجامع الصغير» .

م: (**أن القاضي يعلم أنه**) ش: أي أن العيب المذكور م: (**لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ**) ش: يوضح هذا أن محمداً-رحمه الله-شرط في «الجامع الصغير» البينة أو الإباء أو الإقرار لاشتباه الأمر على القاضي بأن العيب قديم أو لا إذ يعلم القاضي منها أن مثل هذا العيب لا يحدث مدة شهر مثلاً .

ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان، فيحتاج المشتري إلى واحدة من هذه الحجج على أن تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه وهذا بيان ما ذكره المصنف -رحمه الله-م: (**أو كان عيبًا**) ش: أي أو كان العيب الذي يريد المشتري الرد به عيبًا م: (**لا يعرفه النساء**) ش: كالقرن في الفرج ، والمرض الدق م: (**والأطباء**) ش: أي أو عيبًا لا يعرفه إلا الأطباء ، كالسعال القديم م: (**وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة**) ش: للمشتري م: (**لا في الرد**) ش: أي ليس بحجة في رد المبيع على البائع ، فإذا كان كذلك م: (**فيفتقر**) ش: أي القاضي م: (**إليها في الرد**) ش: أي إلى الحجج المذكورة وهي البينة والإقرار والإباء م: (**حتى لو كان القاضي عاين البيع ،والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها**) ش: أي من الحجج المذكورة م: (**وهو**) ش: أي الرد على الوكيل م: (**رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة .قال:وكذلك إن رده عليه**) ش: أي إن رد المشتري المبيع على البائع م: (**بعيب**) ش: أي بسبب عيب م: (**يحدث مثله**) ش: أي مثل هذا العيب م: (**بينة**) ش: يتعلق بقوله إن رده م: (**أو بإباء يمين**) ش: أي أو بالنكول عن اليمين م: (**لأن البينة حجة مطلقة**) ش: أي مثبتة عند الناس كافة ، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فنفذ الرد على الموكل م: (**والوكيل مضطر في النكول**) ش: قال الكاكي -رحمه الله- : هذا جواب عن قول زفر -رحمه الله-ذكره في «المبسوط» . فعند زفر -رحمه الله-لو رده

لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الأمر . قال : فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمورلأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول ، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله . بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء ، والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه

بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل ولو اشترى شيئًا وباعه من غيره ثم المشتري الثاني رده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه .

وتقرير الجواب : أن الوكيل مضطر في هذا النكول م: (**لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الأمر**) ش: تقريره إنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره الآمر ، يعني أنه لم يباشر أحوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير ، والآمر هو الذي أوقعه فيه فكان الرد عليه ردًا على الموكل عبدًا ، فأما إذا أقر فإنه مختار فيه لا مضطرًا وبخلاف المشتري فإنه مضطر في النكول ولكنه بعمل باشره بنفسه فلا يرجع على غيره ، كذا في المبسوط .

وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : إذا كان الرد بالبينة فظاهر ، وإذا كان بالنكول ففيه نوع إشكال لأنه جعل النكول هنا بمنزلة البينة ، وفي فصل الاستحقاق بمنزلة الإقرار : ألا ترى أن من اشترى عبدًا فادعى رجل أنه عبده واستحلف المشتري فنكل ، فقضى القاضي بنكوله فالمشتري لا يرجع بالثمن كما أقر به المشتري .

والجواب هو الفرق بين المسألتين ، أن في مسألة الشراء سبق من المشتري ما يطلق له اليمين لكون المبيع ملكه لما أن الشراء من أسباب الملك فلم يكن مضطرًا في النكول فاعتبر نكوله بإقراره ، وأما في حق الوكيل فلم يسبق منه ما يطلق له اليمين ، فكان مضطرًا في النكول كما هو مضطر عند إقامة البينة ، فيعتبر نكوله بالبينة في هذا الوجه .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - : (**فإن كان ذلك**) ش: أي العيب م: (**بإقراره لزم المأمور**) وهو الوكيل م: (**لأن الإقرار حجة قاصرة**) ش: لا يظهر إلا في حق المقر دون غيره (**وهو غير مضطر إليه**) ش: أي إلى الإقرار م: (**لإمكانه السكوت والنكول**) حتى يقضي عليه اليمين ، ويقضي بالنكول والسكوت ، والنكول مرفوعان ، أي لأنه يمكنه السكوت والنكول م: (**إلا أن له**) ش: أي غير أن له م: (**أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله**) ش: أي نكول الموكل ، لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة ، وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار ، فيسقط ما قال في «النهاية» إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي ، لأنه يقبله لا محالة .

م: (**بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه**)

لأنه بيع جديد في حق ثالث ، والبائع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار ، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل إلا بحجة، ولو كان العيب لا يحدث مثله ، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية ؛ لأن الرد متعين، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا ، والحق في وصف السلامة ، ثم ينتقل إلى الرد، ثم إلى الرجوع بالنقصان ، فلم يتعين الرد ، وقد بيناه

ش: قال الأترازي - رحمه الله -: كان ينبغي أن يقول يخاصم موكله ، أو يقول أمره وكان ينبغي أيضًا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما ، لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى قبل غير بالبائع عن قوله يخاصم أمره لأن البيع لما انتقل إلى الموكل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه م: (**لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما)** ش: وهو الموكل والآمر .

م: (**والرد بالقضاء فسخ**) ش: هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال : ينبغي أن لا يكون له حق الخصومة مع الموكل، إذ قد حصل الرد بإقرار الوكيل فكان بيعًا جديداً في حق الكل ، وتقرير الجواب : أن الرد بقضاء القاضي فسخ م: (**لعموم ولاية القاضي**) ش: على الوكيل والموكل فلا يحتمل أن يكون عقداً مبتدأ لفقد التراضي لأن القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخًا م: (**غير أن الحجة**) ش: وهي الإقرار م: (**قاصرة وهي الإقرار**) ش: يعني دليل قاصر فعملنا بهما م: (**فمن حيث الفسخ**) ش: أي فمن حيث أن الرد بالقضاء م: (**كان له**) ش: أي الوكيل م: (**أن يخاصمه**) ش: الموكل م: (**ومن حيث القصور في الحجة**) ش: أي ومن حيث أن الإقرار حجة قاصرة م: (**لا يلزم الموكل إلا بحجة**) ش: وهي إقامة البينة على الموكل م: (**ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية**) ش: وهي رواية كتاب البيوع من الأصلم: (**لأن الرد متعين**) ش: في هذا لأن الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي ، فإذا كان الرد متعينًا صار تسليم الخصم ، وتسلم القاضي سواء كتسليم الشفعة ، وقضاء الدين ، والرجوع في الهبة م: (**وفي عامة الروايات**) ش: أي من «المبسوط» م: (**ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا**) ش: إشارة إلى قوله لأنه بيع جديد في حق ثالث .

م: (**والحق في وصف السلامة**) ش: جواب من قال : إن الرد متعين يعني حكم الأصل المطالبة بوصف السلامة م: (**ثم ينتقل إلى الرد**) ش: بضرورة العجز م: (**ثم إلى الرجوع**) ش: أي ثم ينتقل إلى الرجوع م: (**بالنقصان**) ش: وهي حصة العيب م: (**فلم يتعين الرد**) ش: وفيما ذكر من المسائل متعين لا يحتمل التحول إلى غيره ، تفسير القياس لعدم الجامع م: (**وقد بيناه**) ش: أي حكم

في الكفالة بأطول من هذا . قال : ومن قال لآخر:أمرتك ببيع عبد بنقد فبعته بنسيئة ، وقال المأمور: أمرتني ببيعه ولم تقل شيئًا ، فالقول قول الآمر ، لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق ، قال : وإن اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب ، لأن الأصل في المضاربة العموم ، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة ، فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر ، حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ، ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدًا أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة -رحمه الله -، وعندهما: يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم . قال : ومن أمر رجلاً ببيع عبده

المسائل المذكورة م: (**في الكفالة**) ش: اسم الكتاب ألفه المصنف م: (**بأطول من هذا**) ش: أي من الذي بيناه هنا .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبد بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئًا ، فالقول قول الآمر**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله- في رواية ، وعن مالك - رحمه الله -: إن كانت السلعة قائمة فالقول للموكل وإن كانت هالكة فالقول للوكيل ، وعن أحمد - رحمه الله - في رواية : القول للوكيل م: (**لأن الأمر يستفاد من جهته**) ش: أي من جهة الآمر م: (**ولا دلالة على الإطلاق**) ش: إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً وقد يكون مطلقًا ، ولا دليل على أحد الوجهين ، والأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله كما لو أنكر أصل الوكالة .

م: (**قال: وإن اختلف في ذلك**) ش: أي في النقد وعدمه م: (**المضارب ورب المال**) ش: بأن قال رب المال: أمرتك بالنقد وقال المضارب : بل دفعت مضاربة ولم يعين شيئًا م: (**فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم**) ش: والإطلاق م: (**ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة**) ش: ويثبت الإذن عامًا م: (**فقامت دلالة الإطلاق**) ش: وليس كالوكيل لأن الوكالة عقد خاص م: (**بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر**) ش: أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر من البز م: (**حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة**) ش: وفي الوكالة المحضة القول للآمر كما مر .

م: (**ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما :يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم**) ش: أي الوجه من الجانبين تقدم في مسألة الموكل بالبيع ، والوجه هو : أن أبا حنيفة - رحمه الله - يعمل بالإطلاق، وهما بالمتعارف .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**ومن أمر رجلا ببيع عبده**

فباعه وأخذ بالثمن رهنًا فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها، والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه .

فباعه وأخذ بالثمن رهنًا فضاع في يده، أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه) ش: أي على الكفيل م: **(فلا ضمان عليه)** ش: أي على الكفيل ، قيل : المراد من الكفالة هنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة .

وقال التمرتاشي : الوكيل بالبيع لما احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف -رحمه الله - لأن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل ، والوكيل لا يملك ذلك عنده ، قيل : بل على حقيقتها ، والتوى يتحقق في الكفالة بأن مات الكفيل ، والمكفول عنه مفلسًا ، وفي «جامع» النهاجي - رحمه الله - : التوى على الكفيل بأن يموت مفلسًا ، وفي الكفالة التوى على الكفيل ، بأن رفع الأمر إلى القاضي يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة ، كما هو مذهب الإمام مالك - رحمه الله - .

م: **(لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها)** ش: أي من الحقوق م: **(والكفالة توثق به)** ش: أي بالثمن م: **(والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء)** ش: ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن م: **(فيملكهما)** ش: أي فيملك الوكيل الكفالة والرهن م: **(بخلاف الوكيل بقبض الدين)** ش: أي أخذ رهنًا ، أو كفيلاً فإنه لا يجوز م: **(لأنه يفعل نيابة)** ش: حتى إذا نهاه عن القبض يصح نهيه م: **(وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة)** ش: لا نيابة م: **(ولهذا)** ش: أي فلأجل كون الوكيل بالبيع يقبض أصالة م: **(لا يملك الموكل حجره)** ش: أي عجز الوكيل م: **(عنه)** ش: أي عن قبض الثمن عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة : يملك؛ والله أعلم.

***

فصل

وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك ؛لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ، والبدل وإن كان مقدراً ،

م: (فصل)

ش:أي : هذا فصل في بيان وكالة الاثنين، ووجه تأخيره عن وكالة الواحد ظاهر طبعًا ووضعًا قيل لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة ،وقيل: بأنه ذكر هنا أشياء أخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق ، والتزويج والكتابة والإعتاق ،والإجارة م: (**وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك**) ش: قال الطحاوي في «مختصره» ، وإذا وكل الرجل رجلين ببيع عبد أو بابتياعه أو بتزويج امرأة أو بخلع امرأته منه على مال ، أو بعتق عبده على مال ، أو بمكاتبة ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز إلا أن يجيزه الآخر فيجوز ،وإن وكلهما بعتق عبده بغيره مال أو بطلاق امرأته بغير ماله فعل ذلك أحدهما دون الآخر جاز .

وقال الأسبيجابي في « شرح الطحاوي » : الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال إذا فعله أحدهما لا يجوز حتى يجيز الموكل أو الوكيل الآخر . وفي «المبسوط» : هذا الذي ذكره فيما إذا وكلهما بكلام واحد ، فأما إذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما أن يتصرف بدون الآخر، لأنه إذا وكلهما بكلامين فقد رضي برأي أحدهما ، بخلاف الوصيين إذا أوصى كل واحد منهما بكلام واحد حيث لم ينفرد أحدهما بالتصرف في أصح القولين .

في «شرح الطحاوي » : أما الوصيان فليس لأحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا في أشياء معروفة ، وعند أبي يوسف - رحمه الله- : لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة .

قلت: الأشياء المعروفة سبعة ، شراء الكفن ، وقضاء الدين من المعين ، وتنفيذ الوصية في عين ، ورد الوديعة ، وشراء الطعام ،والكسوة للصغير ، والخصومة ، وقبول الهدية . م: (**لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما**) ش: حتى لو باع أحدهما والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيز الآخر جاز ، ولو كان الآخر غائبًا عنه فأجاز لم يجز عند أبي حنيفة - رحمه الله - ذكره في «الذخيرة» وفي «المبسوط» ، ولو كان أحدهما صبيًا أو عبداً محجوراً لم يجز للآخر أن ينفرد بالتصرف ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف لأنه ما رضي برأي أحدهمام: (**والبدل وإن كان مقدراً**) ش: هذا جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فلا يحتاج إلى

ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري ، قال إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقًا لتقويم الخصومة .

رأيهما ، فيجوز أن يتصرف أحدهما ؛ وتقرير الجواب أن البدل وهو الثمن وإن كان قدره الموكل . م: (**ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة**) ش: بأن يزداد الثمن عند اجتماع الرأي لذكاء أحدهما ومعرفته التامة م: (**واختيار المشتري**) ش: أي وفي اختيار المشتري يشتري ما وكلا به لأن من المشترين من يماطل في أداء الثمن فيختار الآخر من لا يماطل .

وقال محمد - رحمه الله - : في «الأصل» ولوكان الموكل يسمي لهما ثمنًا فباع أحدهما به لم يجز وإن باعا جميعًا بذلك الثمن فهو جائز وإن يسم لهما ثمنًا فباعا جميعًا بثمن نسيئة ، فإن أبا حنيفة - رحمه الله - كان يقول: هو جائز ، وإن باعا بدرهم ثمنًا يساوي ألفًا ،وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : إذا أخطأ من الثمن ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز .

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : وكلهما أن يشتريا له شيئًا فزاد على ثمنه مال يتغابن الناس في مثله فإنه لا يلزمه ،وقال : البيع والشراء في ذلك مختلف في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : هما سواء ، لا يجوز على الآمر إلا ما يتغابن الناس في مثله م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**إلا أن يوكلهما بالخصومة**) ش: هذا استثناء من قوله« ليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر »، يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد أحدهما بالتصرف .

وقال زفر: لا يصح الإنفراد فيها أيضًا، وبه قال الشافعي وأحمد- رحمهما الله-، لأنه يحتاج فيهما إلى الرأي ، ورأي الاثنين لا يكون كرأي واحد .

وقال المصنف : - رحمه الله - م: (**لأن الاجتماع فيها**) ش: أي في الخصومة م: (**متعذر للإفضاء إلى الشغب**) ش: بفتح الشين المعجمة وسكون الغين المعجمة تهييج الشر م: (**في مجلس القضاء**) ش: لأن فيه مهابة مجلس القضاء م: (**والرأي يحتاج إليه سابقًا لتقويم الخصومة**) ش: هذا إشارة إلى دفع قول من قال ، ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه، لأن الخصومة تحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضي برأيهما ، ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقًا عليها فيكتفى بذلك ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور وإطلاق محمد - رحمه الله - يدل على هذا، وقيل : يشترط .

وقال الإمام الأسبيجابي - رحمه الله - في «شرح الطحاوي » : الوكيلان بالخصومة

قال أو بطلاق زوجته بغير عوض ، أو بعتق عبده بغير عوض ،أو برد وديعة عنده ،أو قضاء دين عليه ، لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد سواء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لهما: طلقاها إن شئتما ، أو قال: أمرها بأيديكما؛ لأنه تفويض إلى رأيهما ، ألا ترى أنه

لأحدهما أن يخاصم إلا أنه إذا إنتهى إلى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا ، لأن الخصومة مما لا يتأتى فيها اثنان ، والقبض مما يتأتى فيه الاجتماع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**أو بطلاق زوجته بغير عوض**) ش: هذا عطف على المستثنى وهو قوله بالخصومة ، أي و يوكلهما بطلاق زوجته بغير مال ، فلأحدهما أن يطلق خلافًا للشافعي وأحمد - رحمهما الله - .

وقد ذكرنا عن الطحاوي - رحمه الله - أنه وكلهما بطلاق امرأته على مال ففعل ذلك أحدهما لا يجوز م: (**أو بعتق عبده بغير عوض**) ش: أي أو يوكلهما بأن يعتقا عبده بغير مال فلأحدهما أن يعتقه م: (**أو برد وديعة عنده**) ش: أي يوكلهما برد وديعة إلى صاحبهما فلأحدهما أن يردها ، قيد بردها لأنهما إذا كانا قد قبضاها لا ينفرد أحدهما ، وعند الشافعي وأحمد- رحمهما الله - الرد كالقبض .

وقال محمد - رحمه الله - : لما في «الأصل» : لو وكلهما بقبض وديعة وقبضها أحدهما بغير إذن صاحبه يضمن ، لأنه شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد ، فإن قيل: ينبغي أن يضمن النصف ، قلنا : مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه وبدونه لا م: (**أو قضاء دين عليه**) ش: أي وكلهما بقضاء دين عليه فلأحدهما أن يقضيه .

وقال فخر الدين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» : لا ينفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة ،إذا وكلهما بالطلاق ، والثاني إذا وكلهما بالعتاق ، والثالث : إذا وكلهما برد وديعة أو عارية ، أو غصب ، أو دين عليه لرجل ، والرابع : إذا وكلهما بالخصومة م: (**لأن هذه الأشياء**) ش: وهي الطلاق بلا عوض ، والعتاق بلا عوض ، ورد الوديعة ، وقضاء الدين م: (**لا يحتاج فيها**) ش: أي في هذه الأشياء م: (**إلى الرأي بل هو**) ش: أي بل الوكالة في هذه الأشياء ، وفي بعض النسخ : بل هو ، أي التوكيل م: (**تعبير محض**) ش: يعني تعبير كلام الموكل م: (**وعبارة المثنى**) ش: أي الاثنان م: (**والواحد**) ش: أي وعبارة الواحد م: (**سواء**) ش: لا اختلاف فيه .

م: (**وهذا**) ش: أي جواز انفراد أحدهما م: (**بخلاف ما إذا قال لهما**) ش: أي للوكيلين م: (**طلقاها إن شئتما ، أو قال أمرها**) ش: أي أو امرأ تهم: (**بأيديكما**) ش: فلا يجوز انفراد أحدهما في هذا م: (**لأنه تفويض إلى رأيهما**) ش: وأوضح ذلك بقولهما م: (**ألا ترى أنه**) ش: أي قوله طلقاها

تمليك مقتصر على المجلس ،ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما .قال : وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ، وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء . قال إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له: اعمل برأيك لإطلاق التفويض إلى رأيه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني

أو أمرها بأيديكما م: (**تمليك مقتصر على المجلس**) ش: وإذا كان تمليكًا لا يجوز لأحدهما التصرف بغير إذن صاحبه ، قيل : ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقه ، وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر لأن بإيقاع النصف يقع تطليقة واحدة .

فإن قيل: الإبطال ضمني فلا يعتبر ، أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع، م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الآمر بقوله : طلقاها إن شئتما م: (**علق الطلاق بفعلهما**) ش: أي بفعل المأمورين وهو التطليق م: (**فاعتبره بدخولهما**) ش: أي بالطلاق المعلق بدخولهما الدار ، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ها هنا بيانه ، لو قال: إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعًا .

وكذا في قوله طلقاها إن شئتما ، لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعًا ، وقد ضبط الأترازي - رحمه الله - قوله ، فاعتبره على صورة الأمر من الاعتبار ، وكذا ضبط شيخنا العلاء ، ثم كتب بيده على الحاشية ، أي اعتبر التطليق بتطليقهما بالتعليق بدخولهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ، وهذا**) ش: أي عدم جواز توكيل الوكيل م: (**لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء**) ش: فلا يكون راضيًا بغيره م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا**) ش: المسألة على ثلاثة أوجه .

أحدهما : أن يوكله ولم يأذن له ، ولم ينهه عن التوكيل ، فليس له أن يوكل غيره عندنا وعند أحمد - رحمه الله - وقال مالك والشافعي - رحمهما الله - : إن كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له أن يوكل غيره ، وإن كان يعجز عنه ، أو ممن لم يباشر ذلك الفعل بنفسه لوجاهته له أن يوكل ، وبه قال أحمد في رواية .

الوجه الثاني : أن يأذن له في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف ، الوجه الثالث : أن ينهاه عن توكيل غيره لا يوكل بلا خلاف م: (**أو يقول له:**) ش: أي للوكيل م: (**اعمل برأيك**) ش: فله التوكيل عندنا وعند أحمد - رحمه الله - . وقال أصحاب الشافعي : ليس له التوكيل في أحد الوجهين ،م: (**لإطلاق التفويض إلى رأيه**) ش: وذلك يدل على تساويه مع غيره .

م: (**وإذا جاز في هذا الوجه**) ش: يعني في قوله« اعمل برأيك» م: (**يكون الثاني**) ش: يعين

وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ، ولا ينعزل بموته ،وينعزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره في أدب القاضي . قال : فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز ، لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه ، وإن عقد في حال غيبته لم يجز ، لأنه فات رأيه ، إلا أن يبلغه فيجيزه ، وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه ، لأنه حضر رأيه ، ولو قدر الأول الثمن الثاني

وكيل الوكيل م: (**وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول**) ش: أي الوكيل الأول م: (**عزله**) ش: أي عزل الوكيل الذي وكله م: (**ولا ينعزل بموته**) ش: أي ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الأول وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ،وأحمد - رحمه الله - ، وقال في الأصح : ينعزل بعزله وبموته وله بموت الأول قولان .

م: (**وينعزلان**) ش: أي الوكيل الأول والوكيل الثاني م: (**بموت الأول**) ش: أي الموكل الأول م: (**وقد مر نظيره في «أدب القاضي »**) ش: وهو ما ذكره في أول فصل قبل باب التحكم بقوله« وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض إليه ذلك » إلى أن قال : - جاز كما في «الوكالة » .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن وكل**) ش: أي الوكيل م: (**بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز**) ش: أي بحضرة الوكيل الأول جاز التوكل م: (**لأن المقصود حضور رأى الأول وقد حضر**) ش: فيجوز استحسانًا ، وقال زفر - رحمه الله -: لا يجوز ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - كما في غيبته .

وقال ابن أبي ليلى : يجوز مع الوكيل الثاني بحضور الأول بغير حضرته .

م: (**وتكلموا**) ش: أي تكلم المشايخ م: (**في حقوقه**) ش: أي في حقوق عقد الثاني بحضرة الأول يعني إذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز ، لكن في حقوق العقد كلام ، قال بعضهم يرجع إلى الأول ، لأن الموكل رضي بلزوم العهدة على الأول دون الثاني ، كذا في «الفتاوى الصغرى» ، عن «فتاوى البقالي» ، وقال بعضهم : يرجع إلى الثاني لأن العقد وهو السبب وجد من الثاني ، وإليه ذهب أبو الليث - رحمه الله - في «جبل العيون» .

م: (**وإن عقد في حال غيبته**) ش: أي في حال غيبة الوكيل الأول م: (**لم يجز لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه**) ش: جاز م: (**وكذا لو باع غير الوكيل**) ش: يعني إذا باع الأجنبي م: (**فبلغه**) ش: أي فبلغ الوكيل م: (**فأجازه**) ش: بعد بلوغ الخبر جاز؛ م: (**لأنه حضر رأيه**) ش: بإجازته .

م: (**ولو قدر الأول**) ش: أي الوكيل الأول م: (**الثمن الثاني**) ش: أي للوكيل الثاني الذي وكله بغير موكله بأن قال له : بعه بكذا ، فباعه الثاني بالثمن الأول الذي قدره الوكيل الأول ، وهو

فعقد بغيبته يجوز ، لأن الرأي فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً ، وقد حصل . وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أنه غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه . أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر ، وهو التقدير في الثمن . قال : وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز ، معناه

معنى قوله : م: (**فعقد بغيبته**) ش: أي بغيبة الأول م: (**يجوز**) ش: في رواية كتاب الرهن، اختارها المصنف - رحمه الله - .

وفي رواية كتاب الوكالة : لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة، فربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع لذكائه وهدايته ، وجه رواية كتاب الرهن : أن المقصود حصل بحضور رأيه م: (**لأن الرأي فيه يحتاج إليه**) ش: أي في العقد م: (**لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل**) ش: أي تقدير الثمن ، وإنما قال : ظاهراً احترازاً عن المسألة التي يذكرها الآن عقيب المسألة التي ذكرها وهي قوله : م: (**وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن**) ش: فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار .

م: (**لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أنه غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري**) ش: أي الذي لا يماطل في تسليم الثمن م: (**على ما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله في المسألة المتقدمة والبدل ، وإن كان مقدراً ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة، م: (**أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول**) ش: أي فوض الموكل الأول إلى الوكيل الأول م: (**كان غرضه**) ش: أي غرض الموكل الأول م: (**رأيه**) ش: أي رأي الوكيل الأول م: (**في معظم الأمر ،وهو التقدير في الثمن**) ش: وهذا لأن المقصود من البياعات الاسترباح ، وذلك إنما يكون بالبيع بتقدير ثمن كان يحصله في تحصيل زيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع ورأيه إنما يطلب لهذا.

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**وإذا زوج العبد أو المكاتب أو الذمي ابنته وهي صغيره حرة مسلمة**) ش: **فإن قلت** : كيف تكون المسلمة تحت الذمي ؟ .

قلت: يجوز أن يكون طلقها ثم أسلمت ، وماتت وبقيت البنت م: (**أو باع**) ش: أي واحد منهم م: (**أو اشترى لها**) ش: أي الصغيرة المذكورة م: (**لم يجز**) ش: يعني تصرفهم في مالها بالبيع والشراء لا يجوز ، ولكن قوله أو باع أو اشترى لها لما كان يحتمل وجهين.

أحدهما : أن يشتري لها شيئًا بمال نفسه ، والآخر : أن يشتري لها بمالها، قال المصنف - رحمه الله - م: (**معناه**) ش: أي معنى قول محمد - رحمه الله - لم يجز في «الجامع الصغير»

التصرف في مالها ؛ لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ، ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولأن هذه ولاية نظرية فلابد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر ، والرق يزيل القدرة ، والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما. وقالا المرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي

م: (**التصرف في مالها**) ش: وهو معظم شراؤه لها بمالها وهو المراد هنا من الوجه الثاني ، يعني لأن كل واحد منهم إذا اشترى لها من مال نفسه يجوز لا محالة .

واعلم أن في تركيب المصنف - رحمه الله - نوع مناقشة ، لأن قوله «أولاً» لم يجز يشمل التزويج والبيع والشراء ، ثم قوله ، معناه التصرف في مالها ، توهم أن عدم الجواز في التصرف في مالها فقط ، وعدم الجواز في الفصلين جميعًا ، ولهذا قال محمد - رحمه الله - في «الجامع» : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمهم الله- في الذمي أو المكاتب ، أو العبد يزوج واحد منهم ابنته ، وهي صغيرة حرة مسلمة ، قال يجوز ، وكذلك إذا باع لها أو اشترى لم يجز ، هكذا لفظ محمد - رحمه الله - فيه .

م: (**لأن الرق**) ش: في العبد والمكاتب م: (**والكفر**) ش: في الذمي م: (**يقطعان الولاية**) ش: أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره بالطريق الأولى ، وأما المكاتب فإنه عبد ما بقي عليه درهم ، وأما الذمي فلقوله تعالى : ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً**﴾ (النساء : الآية ١٤١) ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه، ولأن هذه الولاية ولاية نظرية**) ش: نظراً للصغار والصغار لعجزهم ، م: (**فلابد من التفويض**) ش: أي تفويض أمرهم م: (**إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر**) ش: بالقدرة والشفقة ، وفي بعض النسخ إلى العاقد المشفق مكان القادر .

م: (**والرق يزيل القدرة**) ش: قال الله تعالى : ﴿**عبداً مملوكًا لا يقدر على شيء**﴾ (النحل : الآية ٧٥) م: (**والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما**) ش: أي إلى العبد والكافر م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- ، وفي بعض النسخ صرح قال : وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله م: (**المرتد إذا قتل على ردته ، والحربي كذلك**) ش: أي تصرفهما على المسلم لا يجوز ، وإنما خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما ، لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قتل ردته عندهما بناء على الملك ، ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالإجماع م: (**لأن الحربي أبعد من الذمي**) ش: لأن الذمي من أهل دارنا

فأولى بسلب الولاية ، وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافذًا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع ؛لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل كان مسلمًا فيصح.

م: (**فاولى**) ش: أي الحربي أولى م: (**بسبب الولاية**) ش: لأنها إذا لم تثبت للذمي فأولى أن لا تثبت للحربي ، ولهذا لا تجوز شهادة الحربي على الذمي .

م: (**وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافذاً عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولايه نظرية وذلك**) ش: أي الولاية النظرية بتأويل المذكور، أو بأن استعمال مشترك م: (**باتفاق الملة وهي**) ش: أي الملة م: (**مترددة**) ش: لكونها معلومة معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لأنه محمول عليه فيجب التوقف م: (**ثم تستقر جهة الانقطاع**) ش: أي انقطاع الولاية م: (**إذا قتل على الردة فيبطل**) ش: أي تصرف المرتد م: (**وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلمًا فيصح**) ش: أي تصرفه ، والله أعلم .

* * *

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال : الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافًا لزفر - رحمه الله - هو يقول:إنه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به . ولنا :أن من ملك شيئًا ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض ، والفتوى اليوم على قول زفر - رحمه الله - لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ، ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعًا ،

م: (**باب الوكالة بالخصومة والقبض**)

ش: أي هذا باب في بيان الوكالة بالخصومة والقبض ولما كانت الخصومة مهجورة شرعًا لقوله تعالى: ﴿ **ولا تنازعوا فتفشلوا** ﴾ (الأنفال : الآية ٤٦) استحق بابها التأخير بما ليس بمهجور م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره » : م: (**الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا**) ش: أطلق القدوري كلامه ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين ، وهو وكيل بالقبض فيهما عند علمائنا الثلاثة .

وقال في «إشارات الأسرار » : الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافًا لزفر -رحمه الله- وقال في «الواقعات» : الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا ، لأن الخيانة ظهرت فيما بين الناس ، وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصًا في الوكلاء على باب القاضي ، به أخذ الفقيه أبو الليث م: (**خلافًا لزفر - رحمه الله -**) ش: فإنه يقول - لا يكون وكيلاً بالقبض ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأظهر ، ومالك وأحمد -رحمهما الله- ، وفي وجه عند الشافعي - رحمه الله - : أنه يملك كقولنا م: (**هو**) ش: أي زفر م: (**يقول :إنه**) ش: أي لأن الموكل م: (**رضي بخصومته والقبض غير الخصومة**) ش: لأن الخصومة لإظهار الحق ، ويختار فيها ألج الناس للقبض أمن الناس ممن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة، وهو معنى قوله : م: (**ولم يرض به**) ش: أي القبض.

م: (**ولنا: أن من ملك شيئًا ملك إتمامه وتمام الخصومةوانتهاؤها بالقبض**) ش: لأن الخصومة قائمة ما لم يقبض م: (**والفتوى اليوم على قول زفر - رحمه الله - لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال**) ش: وبه أفتى الصدر الشهيد، م: (**ونظيره**) ش: أي نظير هذا التوكيل : م: (**الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه**) ش: أي لأن القاضي في معنى القبض م: (**وضعًا**) ش: أي من حيث الوضع في اللغة يقال تقاضيته ديني وبديني ، واقتضيته واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي أي أخذته ، ذكره في «الأساس» .

إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى على أن لا يملك. قال: فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معًا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر . قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة - رحمه الله - حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده،

وقال الأترازي - رحمه الله - : في معناه وضعًا أي لأن التقاضي في معنى القبض فيه نظر، لأنه قال في المغرب تقاضيته ديني إلى آخر ما ذكرناه .

قلت : لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل «التقاضي هو القبض» بل قال في معنى القبض، م: (**إلا أن العرف بخلافه**) ش: أي بخلاف الوضع فإن الناس لا يفهمون المعنى الموضوع من التقاضي بل يفهمون منه المطالبة م: (**وهو قاض**) ش: أي العرف حاكم وراجح م: (**على الوضع**) ش: لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية ، فإن.

قلت : الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة - رحمه الله -؟ .

قلت: إن ذلك وجه لأصل الرواية ، والكلام فيه وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية، أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء .

قالوا : على العرف فلا يملك القبض، وإليه أشار بقوله : م: (**فالفتوى على أن لا يملك**) ش: يعني أن الوكيل يتقاضى الدين يملك القبض بالاتفاق، ولكن فتوى المشايخ على أن لا يملك لفساد الزمان. م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**فإن كانا**) ش: أي الرجلان م: (**وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معًا**) ش: أي لا يقبضان الدين إلا مجتمعين .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الموكل م: (**رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن**) ش: أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن فإنهما يصيران قابضين بالتخلية م: (**بخلاف الخصومة**) ش: فإن اجتماعهما عليها غير ممكن م: (**على ما مر**) ش: في أول الفصل المتقدم عند قوله - : وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكل به دون الآخر إلا أن يوكلهما بالخصومة، وقال الأكمل- رحمه الله - على ما مر أنه يقضي إلى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب الهامية، وعند زفر - رحمه الله - : ليس للوكيل بالخصومة أن يقبض الدين وقد مر .

م: (**قال : والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وقال الشافعي - رضي الله عنه- في قوله، وأحمد - رحمه الله - في رواية : م: (**حتى لو أقيمت عليه**) ش: أي على الوكيل م: (**البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقالا لا يكون خصمًا ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله- ، لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات ، فلم يكن الرضا بالقبض رضًا بها، ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أنه وكله بالتملك؛ لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور، إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه، فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصمًا

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: م: (**لا يكون خصمًا**) ش: أي الوكيل يقبض الدين م: (**وهو**) ش: أي قولهما م: (**رواية الحسن عن أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش:، وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في الأصح ، وأحمد - رحمه الله- في ظاهر الرواية ، م: (**لأن القبض غير الخصومة**) ش: فلا يكون وكيلاً بهما م: (**وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضًا بها**) ش: أي بالخصومة .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أنه وكله بالتملك**) ش: أي أن الوكيل يقبض دين وكيله بالتمليك والتملك لأنه توكيل تملك ، والمقبوض يقابله في الذمة قصاصًا م: (**لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها إذ قبض الدين نفسه**) ش: بالجر ، قال الأترازي - رحمه الله - بدل من الدين **قلت** : هو تأكيد .

م: (**لا يتصور**) ش: لأنه وصف ثابت في الذمة م: (**إلا أنه**) ش: استثناء من قوله «لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها »، أي غير أنه م: (**جعل استيفاء لعين حقه من وجه**) ش: بدليل أن رب الدين يجبر على القبض ، فلو كان تمليكًا محضًا معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض، وكذا إذا ظفر بجنس حقه حل له التناول م: (**فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة**) ش: ، أي فأشبه الوكيل يقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة ، يعني أنه خصم فكذا هذا .

م: (**والرجوع في الهبة**) ش: بالجر عطفًا على قوله : « **بأخذ الشفعة** » ، يعني : إذا وكل وكيلاً بالرجوع في الهبة كان خصمًا حتى إذا أراد الرجوع فأقام الموهوب له البينة أن الواهب أخذ المعوض تقبل بينته ، م: (**والوكيل بالشراء**) ش: بالجر أيضًا ، يعني : لو أقام أحد الشريكين بينة على الوكيل أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لأنه خصم ،م: (**والقسمة**) ش: بالجر أيضًا ، يعني أحد الشريكين، إذا وكل رجلاً بأن يقاسمه شريكه فأراد الموكل المقاسمة وأقام الشريك الآخر البينة أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته ، لأن الوكيل خصم ، لأن القسمة معنى التمليك .

م: (**والرد بالعيب**) ش: بالجر أيضًا ، يعني أن المشتري رضي بذلك قبلت بينته م: (**وهذه**) ش: أي مسألة التوكيل م: (**أشبه بأخذ الشفعة**) ش: وفي بعض النسخ : وهذا ، أى التوكيل بقبض الدين، أشبه بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخر م: (**حتى يكون**) ش: أي الوكيل م: (**خصمًا**

قبل القبض كما يكون خصمًا قبل الأخذ هنالك، والوكيل بالشراء لا يكون خصمًا قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقًا وهو أصيل فيها فيكون خصمًا فيها . قال :والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عين له فأقام الذي هو في يديه البينة على أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب ، وهذا استحسان ، والقياس أن يدفع الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر . وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع ، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق

قبل القبض كما يكون خصمًا قبل الأخذ هنالك) ش: أي في أخذ الشفعة م: (والوكيل بالشراء لا يكون خصمًا قبل مباشرة الشراء، وهذا) ش: إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة - رحمه الله بقوله «أنه وكله بالتملك » يعني أنه لما وكل الوكيل بالقبض بالتمليك كان فيه معنى المبادلة وهذام: (لأن المبادلة تقتضي حقوقًا) ش: من التسليم والتسلم والرد بالعيب م: (وهو) ش: أي الوكيل م: (أصيل فيها) ش: أي في الحقوق م: (فيكون خصماً فيها) ش: أي في الحقوق، م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالاتفاق) ش: بالإجماع م: (لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة) ش: لكونه يقبض عين الموكل من كل وجه م: (فاشبه الرسول، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام الذي هو في يديه البينة أن الموكل باعه إياه) ش: أي العبد م: (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) ش: أي الأمر .

م: (وهذا استحسان ، والقياس أن يدفع) ش: أي العبد م: (إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم) ش: لأن الوكيل يقبض الوديعة ليس بخصم م: (فلم تعتبر) ش: أي بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض م: (وجه الاستحسان أنه) ش: أي أن الوكيل يقبض الوديعة م: (خصم في قصر يده) ش: أي يد نفسه ، أي قصر يد الوكيل م: (لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع) ش: أي بالوكيل .

م: (حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار) ش: هذا م: (كما إذا أقام) ش: أي ذو اليد م: (البينة على أن الموكل عزله عن ذلك) ش: أي عن القبض م: (فإنها) ش: أي فإن البينة م: (تقبل في قصر يده) ش: أي في يد الوكيل م: (كذا هذا) ش: أي فكذا حكم المسألة المذكورة، م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (وكذلك العتاق والطلاق) ش: أي وكالمذكور حكم العتاق والطلاق ، والمصنف يذكر الآن صورتهما .

وغير ذلك ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانًا دون العتق والطلاق . قال : إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - استحسانًا إلا أنه يخرج عن الوكالة . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي- رحمهما الله-: لا يجوز في الوجهين ، وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة ،

م: (**وغير ذلك**) ش: كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك يقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل، م: (**ومعناه**) ش: أي معني قول محمد - رحمه الله - في العتاق والطلاق م: (**إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق**) ش: على أن زوجها طلقها م: (**والعبد**) ش: أى إذا أقام العبد م: (**والأمة**) ش: أى إذا أقامت البينة م: (**على العتاق على الوكيل بنقلهم**) ش: أي بنقل المرأة والعبد والأمة م: (**تقبل**) ش: أى البينة م: (**في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانًا**) ش: فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة العتاق والطلاق ، لأن هذه البينة اشتملت على معنيين إثبات العتق وإبطال حق الوكيل ، فتقبل بينته على الحاضر دون الغائب ، و يؤخذ من العبد كفيل نظراً للغائب م: (**دون العتق والطلاق**) ش: أى لا يقبل في حق العتق والطلاق ، لأن الوكيل ليس بخصم فيها ، ولكنه خصم في قصر يده ، وليس من ضرورة قصر يده القضاء والطلاق على الغائب فيقبل في قصد دون غيره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه**) ش: أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه لأن جواز الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيًا أو مدعى عليه ، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فبإقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله م: (**ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - استحسانًا إلا أنه يخرج عن الوكالة**) ش: فلا يدفع إليه المال لزعمه بانتفاء حقه في الأخذ .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القاضي، وقال زفر والشافعي- رحمهما الله - لا يجوز في الوجهين**) ش: أى في مجلس القاضي وغيره، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى - رحمهم الله - م: (**وهو**) ش: أى قول زفر - رحمه الله - م: (**قول أبي يوسف- رحمه الله- أولاً وهو**) ش: أى قول زفر - رحمه الله - هو م: (**القياس لأنه**) ش: أى لأن الوكيل م: (**مأمور بالخصومة وهي**) ش: : أى الخصومة م: (**منازعة**) ش: لأنها اسم لكلام

والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده،ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ، وكذا لو وكله بالجواب مطلقًا يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك، ولهذا يختار فيه الأهدى فالأهدى .وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعًا وصحته بتناوله ما يملكه قطعًا وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينًا ،

يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة .

م: (**والإقرار يضاده**) ش: أي يضاد ما أمر به من الخصومة، م: (**لأنه**) ش: أى لأن الإقرار م: (**مسالمة**) ش: لأنه يجري على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما أمر به، م: (**والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده م: (**لا يملك**) ش: أي الوكيل بالخصومة م: (**الصلح والإبراء**) ش: بوجود المضادة، لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل ، والإبراء إسقاط وهو مأمور بالاستيفاء .

م: (**ويصح**) ش: هذا جواب سؤال يرد على قولهم، لأن التوكيل بالخصومة إذا لم يتناول الإقرار كيف يصح استثناؤه - فقال ويصح أى التوكيل م: (**إذا استثنى الإقرار**) ش: بأن قال: وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر عليه فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار ، فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار ، لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شق واحد لا يجوز، لأنه يلزم استثناء الكل من الكل .

م: (**وكذا لو وكله بالجواب مطلقًا يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك**) ش: قال في «النهاية» : هي مسألة مبتدأة خلافية لم يردها على وجه الاستشهاد ، يعني لو وكله بالجواب مطلقًا أيضًا فهو أيضًا على هذا الخلاف وكذا في «المختلفات البرهانية» ، فعندهم يتقيد بجواب هو خصومة، إذ العادة جرت في التوكيل بذلك .

م: (**ولهذا**) ش: أي والأصل هذا م: (**يختار فيه**) ش: أي في الخصومه ، أي في التوكيل بهام: (**الأهدى فالأهدى**) ش: أي من كان أكثر هداية في طرق الخصومة ، وفي الإقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية .

م: (**وجه الاستحسان أن التوكيل**) ش: المذكور م: (**صحيح قطعًا**) ش: أي ثابت من كل وجه بلا شبهة بالإجماع م: (**وصحته يتناوله ما يملكه قطعًا**) ش: أي ما يملك التوكيل من مطلق الجواب من حيث القطع لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، م: (**وذلك مطلق الجواب**) ش: أي الذي يملك مطلق الجواب ، ومطلق الجواب يتناول الإنكار والإقرار جميعًا فكما أن إنكار الوكيل يصح من حيث أنه جواب فكذا يصح الإقرار من حيث أنه جواب م: (**دون أحدهما عينًا**) ش: يعني لا يملك أحدهما وهو الإقرار والإنكار معينًا، لأنه ربما يكون

وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فيصرف إليه تحريًا للصحة قطعًا ، ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يصح لأنه لا يملكه. وعن محمد - رحمه الله - أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأول ، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه

الجواب بأحدهما معينًا حرامًا لأنه لو كان خصمه محقًا لا يملك الإنكار شرعًا ، ولو كان مبطلاً يكون حقه في الإنكار لا غير ، فلا يملك المعين منهما قطعًا ، فلا يجوز التوكيل به قطعًا فيصح من وجه دون وجه فحملنا على المجاز وهو الجواب مطلقًا تحريًا لصحته قطعًا .

م: (**وطريق المجاز موجود**) ش: أي بين الخصومة ومطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب ، وإطلاق السبب وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز م: (**على ما نبينه إن شاء الله تعالى**) ش: إشارة إلى ذكره عند قوله« هما يقولان أن التوكيل يتناول جوابًا يسمى رخصة» م: (**فيصرف إليه**) ش: أي إلى مطلق الجواب م: (**تحريًا للصحة قطعًا**) ش: أي للتحري لصحة كلامه من حيث القطع لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء .

م: (**ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف -رحمه الله -: أنه لا يصح**) ش: هذا جواب عن مستند زفر - رحمه الله - ووجه لا نسلم صحة الاستثناء ، بل لا يصح على قول أبي يوسف - رحمه الله - ، م: (**لأنه لا يملكه**) ش: أي لأن الوكيل لا يملك الاستثناء ، لأن ملكه مستلزم بقاء الإنكار عينًا ، وقد لا يحل له ذلك كما مر .

م: (**وعن محمد - رحمه الله -: أنه يصح**) ش: أي أن استثناء الإقرار يصح م: (**لأن للتنصيص**) ش: أي لأنه لما نص على الإنكار باستثناء الإقرار بضمير م: (**زيادة دلالة على ملكه إياه**) ش: أي على ملك الموكل إياه فيملك الوكيل به ، م: (**وعند الإطلاق**) ش: أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة في غير استثناء الإقرار م: (**يحمل على الأول**) ش: أي على ما هو الأولى وهو مطلق الجواب .

م: (**وعنه**) ش: أي وعن محمد - رحمه الله -: م: (**أنه فصل بين الطالب والمطلوب**) ش: بأن قال بصحة من حمل وكيل المدعي وعدمها من وكيل المدعى عليه ، م: (**ولم يصححه في الثاني**) ش: أي لم يصحح محمد - رحمه الله - استثناء الإقرار في المطلوب م: (**لكونه مجبوراً عليه**) ش: ، أي لكون المطلوب مجبوراً على ترك الإنكار م: (**ويخير الطالب فيه**) ش: أي يخير بين الإقرار والإنكار ، فيكون الاستثناء مقيداً .

وفي «التتمة» عن محمد - رحمه الله -: أنه يصح الاستثناء من الطالب لأنه مجبور ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه ، يعني المدعي لما كان مخيراً بين الإقرار والإنكار أفاد الاستثناء

فبعد ذلك يقول أبو يوسف -رحمه الله - :إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه، وهما يقولان: إن التوكيل يتناول جوابًا يسمى خصومة حقيقة أو مجازًا، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به، لكن إذا أقيمت البينة

فائدته في حقه ، أما من المطلوب لا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك ، لأن المدعي لما صحح دعواه، والمطلوب مضطر ومجبور على الإقرار لعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً عليه .

م: (**فبعد ذلك يقول أبو يوسف - رحمه الله -**) ش: : هذا مشروع في بيان المحاجة مع أبي يوسف بعد فراغ المحاجة مع زفر - رحمه الله - : م: (**إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه**) ش: لا يختص بمجلس القاضي ؛ لأنه موجب بنفسه، وإنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبًا إلا بانضمام القضاء.

م: (**وهما**) ش: أي أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**يقولان: إن التوكيل يتناول جوابًا يسمى خصومة حقيقة**) ش: كالإنكار م: (**أو مجازاً**) ش: كالإقرار بمجلس القضاء، تقريره أن توكيله يصرف إلى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجازاً عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو مطلق الإقرار، والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجاز ، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث أنه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء ، فالإقرار خصومة مجازاً في غيره .

م: (**والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة**) ش: فكان مجازه التضاد وهو مجاز لغوي لأنه لا يصح أن يكون مجازاً شرعيًا م: (**أو لأنه**) ش: أي أو لأن الخصومة على تأويل التخاصم ، وفي بعض النسخ أو لأنها م: (**سبب له**) ش: أي الإقرار والمجوز السببية ، وهو مجوز شرعي لأن الجواب تارة يكون بلا وتارة يكون بنعم، فكانت الخصومة سببًا للإقرار بالواسطة وإطلاق اسم السبب على المسبب مجاز .

م: (**لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق**) ش: فتكون الخصومة سببًا له حيث أفضى إليه ظاهراً م: (**وهو**) ش: أي المستحق م: (**الجواب في مجلس القضاء فيختص به**) ش: أي يختص جواب الخصومة بمجلس القضاء ، وقال الأكمل - رحمه الله - : ولو قال: لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود م: (**لكن إذا أقيمت البينة**) ش: هذا استدراك من قوله « فيختص به» : وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الإقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب ، كان الجواب: أن لا يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة ، ولكن إذا

على إقـراره في غيـر مجلس القـضاء يخـرج من الوكـالة حتى لا يؤمـر بدفع المال إليه لأنه صـار مناقضًا ، وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما ، قال: ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبـضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبدًا ، لأن الوكيل من يعـمل لغيره، ولو صحـحناها صار عاملاً لنفـسه في إبراء ذمته فـانعدم الركن ، ولأن قبول قـوله ملازم للوكالة لكونه أمينًا ولـو صححناها لا يقبل لكونه مـبرئًا لنفسه فيـنعدم بانعدام لازمه وهو نظير

أقيمت عليه البينة م: (على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضًا) ش: في كلامه ، فلو بقي وكيلاً لبقي وكيلاً بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا، قاله في «الكافي».

م: (وصـار) ش: أي الوكيل المقر في غير مجلس القضـاء م: (كـالأب والوصي إذا أقـر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما) ش: أي إلى الأب والوصي ، بيـانه الأب والوصي إذا ادعى شيئًا للصغير فأنكر المدعى عليه ، فصدقه الأب ، والوصي ثم جاء يدعي ذلك المال لايدفع المال إليهما ، لأنـهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال بإقرارهما على الصبي فكذلك هنا لما خرج الوكيل من الوكالة بالإقرار في غير مجلس القضاء لا يدفع المال إليه .

م: (قال) ش: أي قال محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير » : م: (ومن كفل بمال عن رجل فوكله صـاحب المال بقبضـه عن الغريم لم يكن وكـيلاً في ذلك أبداً) ش: أي قبل براءة الكفيل وبعدها، م: (لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها) ش: أي الوكالة م: (صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته) ش: لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل، وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله م: (فانعدم الركن) ش: أي ركن الوكالة وهو العمل للغير .

قـالوا في «شروح الجامع الصغير» : نظير هذا مـا ذكر في المأذون: أن المولى إذا أعتق عبده المأذون المديون ضمن قيمته ، والعبد يطالب بجميع الدين كان المولى كفيلاً عنه ، فإن وكل الطالب المولى يقبض الدين من العبد كـان باطلاً، لأن المولى بقبض الدين من العبد كان عـاملاً لنفسه فلا يصح وكيلاً عن غيره م: (ولان قـبول قـوله) ش: دليل آخر ، أي قبول قول الوكيل م: (مـلازم للوكالة) ش: يعني الوكالة تستلزم قبول قوله : م: (لكونه أميناً ولو صححناها) ش: أي الوكالة م: (لا يقبل) ش: لما يلزم من انتقاء اللازم وهو قبول قوله م: (لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم) ش: أي التوكيل م: (بانعـدام لازمـه) ش: أي لازمه التـوكيـل ، وهو قـبـول قـول الوكـيل لان اللزوم ينتـفي بانتـفـاء اللازم.

م: (وهو نظيـر) ش: أي نظير بطلان الوكـالة فيمـا نحن فيه بطلانها في عبد مديون ، وفي

عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه . قال: ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيًا لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه

بعض النسخ : وهو نظير م: (**عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته**) ش: أي قيمة العبد سواء كان موسراً أو معسراً م: (**للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب**) ش: أي طلب مال المولى الطالب م: (**بقبض المال عن العبد كان باطلا**) ش: أي كان التوكيل باطلاً م: (**لما بيناه**) ش: وهو أنه يصير عاملاً لنفسه لانه مبرئ نفسه .

وفي «شرح الطحاوي» : المولى إذا أعتق عبده المديون جاز عتقه ، لأن ملكه باق فيه والغرماء بالخيار إن شاءوا اتبعوا العبد بالدين وإن شاءوا اتبعو ا المولى بالأقل من قيمته ، ومن الدين سواء كان عالماً بالدين أو لم يكن ، بخلاف الجناية فإن العبد إذا جنى فأعتقه المولى إن كان عالماً بالجناية صار مختاراً للعذر ، وإن كان غير عالم لم يلزمه شيء إلا قدر القيمة لا غير ، وفي باب الدين : يلزمه القيمة وإن كان عالماً ، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه عن الآخر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه**) ش: وفي بعض النسخ سلم المال إليه ، أي الدين ، وبه قال المزني -رحمه الله- ، وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- : لم يؤمر بالتسليم بالتصديق لا في الدين ولا في الوديعة ، إلا أن يقيم الوكيل ببينته على وكالته فحينئذ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة وعندنا في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصديق .

م: (**لأنه إقرار على نفسه**) ش: بحق وهو استحقاق القبض ، وليس فيه إبطال حق للغائب بل هو إقرار حق على نفسه، م: (**لان ما يقبضه خالص ماله**) ش: أي خالص مال المديون، فيجوز إقراره عليه لأن الديون تقضى بأمثالها ، فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه ، فكان تصديقه إقراراً على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له م: (**فإن حضر الغائب فصدقه**) ش: فيها م: (**وإلا دفع إليه**) ش: أي وإن لم يصدقه م: (**الغريم الدين ثانياً ،لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة فالقول في ذلك قوله**) ش: أي القول في إنكار الوكالة قول رب الدين م: (**مع يمينه**) ش: وبه قال الثلاثة -رحمهم الله - ، وعند الشافعي -رحمه الله - في وجه : له الرجوع على القابض ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي -رحمهم الله - في الأصح .

فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقيًا في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه ، وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره. قال : إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانيًا مضمون عليه في زعمهما ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ،

م: (**فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لأن غرضه**) ش: أي غرض المديون م: (**من الدفع براءة ذمته ولم تحصل**) ش: أي براءة الذمة م: (**فله أن ينقض قبضه**) ش: أي فللمديون أن ينقض قبض الوكيل م: (**وان كان ضاع في يده**) ش: أي وإن كان ضاع المال في يد الوكيل م: (**لم يرجع عليه**) ش: أي لم يرجع المديون على الوكيل ، م: (**لأنه**) ش: أي لأن المديون م: (**بتصديقه**) ش: أي بتصديق الوكيل م: (**اعترف أنه**) ش: أي الوكيل م: (**محق في القبض وهو**) ش: أي المديون م: (**مظلوم في هذا الأخذ**) ش: أي أخذ رب الدين ثانياً .

م: (**والمظلوم**) ش: أي المديون م: (**لا يظلم غيره**) ش: فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك لأن الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعدها هلك المدفوع الأخذ منه ظلم ، وفي «الذخيرة» و«المبسوط» المسألة على أوجه : إما أن يصدق الغريم القديم وكالة أولاً فإن صدقه ولم يدفع المال أجبر على الأداء خلافاً لابن أبي ليلى والشافعي وأحمد -رحمهم الله- وأنكر وكالته وأراد الوكيل استحلافه بعد وكالة استحلف ، فإن حلف برأ ، وإن نكل قضي عليه بالمال للوكيل .

وذكر الخصاف : لا يحلف المطلوب على الوكالة عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما : يحلف على العلم ، ولو أقر الغريم بالوكالة وأنكر الدين فعند أبي حنيفة -رحمه الله- يستحلف المطلوب ، وعندهما : لا يستحلف .

م: (**قال**) ش: أي محمد والمصنف -رحمهما الله- : م: (**إلا أن يكون ضمنه**) ش: يجوز فيه التخفيف والتشديد م: (**عند الدفع**) ش: هذا استثناء من قوله - : وإن كان ضاع من يده لم يرجع عليه إلا أن يضمن المطلوب الوكيل عند دفع المال إليه بأن يقول أصدقك في الوكالة ولكن لا آمن أن يجحد الطالب إذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانياً وهذا ضمان صحيح م: (**لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه**) ش: أي على رب الدين م: (**في زعمهما**) ش: أي في زعم الوكيل والغريم م: (**وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض**) ش: أي قبض رب الدين ثانياً ، فإذا كان الوكيل م: (**فتصح**) ش: أي الكفالة م: (**بمنزلة الكفالة بما ذاب**) ش: أي بما ثبت ووجب م: (**له على فلان**) ش: معناه بما يذوب لفلان على فلان ، وهذا ماض أريد به المستقبل وقد مر في الكفالة .

ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكـيل؛ لأنه لم يصدقه بالوكالة وإنما دفـعه إليه على رجاء الإجـازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه إليـه على تكذيبه إياه في الوكالة .وهذا أظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له أن يسـترد المدفوع حتى يحضـر الغائب ؛ لأن المؤدى صار حقًا لـلغائب إما ظاهرًا أو محتملاً ،فصار كما إذا دفعه إلى فـضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التـصرف لغرض ليس له أن ينقضـه ما لم يقع اليأس عن غرضـه ، ومن قال : إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له بمال الغير بخلاف الدين ،

م: (**ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة**) ش: ولـم يكذبه أيضًا بل سكت م: (**ودفعه إليه على ادعائه**) ش: أي على دعوى التوكيل م: (**فإن رجع صاحب المال على الغـريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكـالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقـطع رجاؤه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبـه إياه في الوكالة ، وهذا أظهر**) ش: أي جواز الرجوع في صورة التكذيب أظهر منه في الصورتين الأولتين ، وهو التصديق مع التضمين والسكوت، لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب، وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب م: (**لما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله : دفع إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه .

م: (**وفي الوجـوه كـلهـا**) ش: وهي الأربعـة المذكـورة ، وهـي الـدفع مـع التـصـديق ، والتضمين ، والدفع بلا تـصديق ولا تـكذيـب ، والـدفع مع التـكذيب ، م: (**ليـس له**) ش: أي للغريم م: (**أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ؛لأن المؤدى صار حقًا للغائب ؛ إما ظاهرًا**) ش: أي في حالة التصادق ، أو حال ظهور العدالة في الوكيل لأن الوكيل إذا كان عدلاً كان صادقًا ظاهرًا م: (**أو محتملاً**) ش: أي في حالة كون الوكيل فاسقًا أو مستورًا لاحتمال الصدق .

م: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما إذا دفعه**) ش: أي الدين الذي عليه م: (**إلى فضولي**) ش:، أي لأنه تعلق في الوسط م: (**رجاء الإجازة**) ش: من المالك م: (**لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه**) ش: ، لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود .

م: (**قال**) ش: أي القدوري –رحمه الله–م: (**ومن قال: إني وكيل بقبض الوديعـة فصدقه المودع لم يؤمـر بالتسليم إلـيه لأنه أقـر له بمال الغيـر**) ش: وهو لا يملـك ذلك م: (**بخـلاف الدين**) ش: أي بخلاف ما إذا صدق الوكيل بقبض الدين، حيث يؤمر بالتسليم إليه لأنه إقرار في خالص ماله على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها ، فكان إقراره إقرارًا على نفسه بحق المطالبة والقبض .

ثم إذا أخذ الوكيل الوديعة في الغائب فصدقه في الوكالة برئا جميعًا ، وإن أنكر الوكالة

ومن ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثًا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث ، ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمربالدفع إليه لأنه ما دام حيًا كان إقراره بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه .

وحلف على ذلك فله أن يضمن المودع ، فإذا ضمنه فإن كانت العين قائمة في يد الوكيل رجع بها المودع على الوكيل فإن ضاعت في يده فهل للمودع أن يرجع عليه؟ فهو على وجوه : أحدها أن يدفعها إليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه .

والثاني : أن يدفع بالتصديق ، وشرط الضمان فله الرجوع ، والثالث : أن يدفع مع التكذيب ، فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع على الوكيل ، والرابع : أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب ، فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع أيضًا .

م: (**ومن ادعى**) ش: ذكر هذا تعريضًا على مسألة القدوري ، أي فلو ادعى من قال : إني وكيل م: (**أنه**) ش: أي أن فلانًا م: (**مات أبوه وترك الوديعة ميراثًا له**) ش: أي لابن الميت م: (**ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه**) ش: أي إلى الذي قال : إنه مات أبوه م: (**لأنه لا يبقى ماله بعد موته**) ش: ماله بالنصب ، وفي «النهاية» : هكذا معربًا بإعراب شيخي على تأويل الحال ، كما في كلمة فاه إلى في ، أي مشافهة .

وقال الأترازي -رحمه الله- : لا يبقى ماله بالنصب ، ثم قال مثل ما قال صاحب «النهاية» -رحمه الله- قال الأكمل -رحمه الله- : أرى أنه ضعيف ، لأن المال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة ، أي كلمته في حال المشافهة ، والظاهر في إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى ، أي لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث .

و الصواب الرفع على ما قاله الأكمل -رحمه الله-وقد فاته شيء آخر ، وهو أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ، والمال ليس منها إلا أنه يجوز بالتأويل . ولو قال صاحب «النهاية» -رحمه الله-ومن تبعه في أنه نصب على الحال أنه حال على تأويل متمولاً أي لا يبقى الميت بعد موته متمولاً لكان أوجه ، م: (**فقد اتفقا**) ش: أي الذي ادعى الوكالة والمودع م: (**على أنه**) ش: أي أن الذي قال إنه وديعة م: (**مال الوارث**) ش:، فلا بد من الدفع إليه م: (**ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع**) ش: فيما قاله م: (**لم يؤمر بالدفع إليه لأنه**) ش: أي لأن المودع بكسر الدال م: (**ما دام حيًا كان إقراره بملك الغير لأنه من أهله**) ش: أي من أهل الملك م: (**فلا يصدقان في دعوى البيع عليه**) ش: أي على رب المال .

قال: فإن وكل وكيلاً بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال إليه، لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق. قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب، قال: وإن وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين، لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، وههنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة، وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة- رحمه الله- كما هو مذهبه، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد ،وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في «الجامع الصغير» م: (**فإن وكل وكيلاً بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع إليه المال ،لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه**) ش: أي دعوى الغريم م: (**فلا يؤخر الحق**) ش: إلى تحليف رب الدين م: (**قال: ويتبع**) ش: أي الغريم م: (**رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه**) ش: أي لجانب الغريم ، وهو المديون . م: (**ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب**) ش: لأن النيابة لا تجري فيها الأيمان .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في« الجامع الصغير» : م: (**وإن وكله بعيب**) ش: أي بسبب عيب م: (**في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين**) ش: التي مضت حيث يؤمر بدفع الدين بدون تحليف الوكيلم: (**لأن التدارك ممكن هنالك**) ش:، أي في مسألة الدين م: (**باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله**) ش: أي عند نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين .

م: (**وههنا**) ش: أي وفي المسألة الثانية : م: (**التدارك غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ**) ش: لأن قضاء القاضي بالفسخ والعقد بل بالشاهد الباطل ينفذ ظاهراً وباطنًا م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله- كما هو مذهبه**) ش: ، والمراد بالنفاذ ظاهراً : أن يثبت فيما بيننا ، ومن نفاذه باطنًا أن يثبت فيما بينه وبين الله تعالى .

م: (**ولا يستحلف المشتري بعد ذلك**) ش: أي بعد نكول الموكل م: (**عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، م: (**لأنه**) ش: أي لأن الاستحلاف م: (**لا يفيد**) ش: يعني متى نفذ قضاء القاضي ظاهرًا وباطنًا لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضا ؛ لأنه لا فائدة في استحلافه، لأن فائدته أن ينكل فيظهر أنه كان راضيًا بالعيب وأن الحق الفسخ لم يكن ثابتًا للمشتري وأن القاضي أخطأ في قضائه بعد الفسخ ،ولكن عند ظهور الخطأ في القضاء وبالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده .

م: (**وأما عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**قالوا :يجب أن يتحد**

الجواب على هذا في الفصلين ،ولا يؤخر لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء ، وقيل: الأصح عند أبي يوسف - رحمه الله - أن لا يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر ، قال ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك ،وقيل: هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك

الجواب على هذا في الفصلين) ش: يعني في فصل الدين وفصل الرد بالعيب م: **(ولا يؤخره)** ش: أي ولا يؤخر القضاء بالرد م: **(لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء)** ش: لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطنًا ، فإذا ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر إلى التحليف .

م: **(وقيل : الأصح عند أبي يوسف -رحمه الله-: أن يؤخر)** ش: أي الرد م: **(في الفصلين)** ش: أي فصل الدين وفصل العيب، م: **(لأنه)** ش: أي لأن أبا يوسف-رحمه الله-م: **(يعتبر النظر)** ش: للبائع م: **(حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع)** ش: قوله «يستحلف بالرفع» لأن حتى ابتدائية يعني يستحلف المشتري نظراً للبائع ، لأن من مذهب أبي يوسف -رحمه الله- : أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً أو أراد الرد ما لم يستحلفه القاضي بالله ما رضيت بهذا البائع وإن لم يدع العيب ، فإذا كان المشتري لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان، ونظراً للبائع والمديون فصار عنه روايتان : في رواية مثل قول محمد -رحمه الله-وفي رواية : يؤخر فيهما اعتباراً للنظر م: **(فينتظر للنظر)** ش: إذا كان المشتري غائبًا .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: **(ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة)** ش: أي العشرة التي أنفقها من ماله بمقابلة العشرة التي أخذها من الوكيل م: **(لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه)** ش: أي الحكم في الوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بما أداه، م: **(وقد قررناه)** ش: أي في باب الحوالة بالبيع والشراء عند قوله « وإذا دفع الوكيل بالشراء من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل» .

م: **(فهذا كذلك)** ش: أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك ، لأن الوكيل بالشراء ربما يحتاج إليه الأهل قد يضطره إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم، ولم يكن مال الوكالة معه في تلك الحالة، لأن لا يمكن أن يستصحب دراهم الموكل في الأحوال كلها فيحتاج أن يؤدي ثمنه من مال نفسه، فكان في التوكيل بذلك يجوز الاستبدال م: **(وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك**

ويصير متبرعًا، وقيل:القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء ،فأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب .

ويصير متبرعًا) ش: فيما أنفق من ماله ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن، لأن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعًا .

م: (**وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين**) ش: هو أن يدفع المديون إلى رجل ألفًا ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه، فإنه في القياس متبرع حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف دفعت إليه لا يكون له ذلك ، وفي الاستحسان ذلك وليس بمتبرع على ما نذكره الآن، قوله م: (**لأنه ليس بشراء**) ش: هو دليل القياس لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضيًا بثبوت الدين في ذمته للوكيل ،فلو لم تجعله متبرعًا لألزمناه دينًا لم يرض به فجعلناه متبرعًا قياسًا، م: (**وأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم بالصواب**) ش: إلى القياس والاستحسان لا يدخلان فيما ذكرنا في باب الشراء ، فلا يكون متبرعًا قياسًا واستحسانًا.

وقال الكاكي -رحمه الله- : وأما مسألة الإنفاق رضا الآمر بثبوت الدين في ذمة الوكيل لأنه أمره بالإنفاق ، والأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام ، والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم ، بل يتعلق بمثلها في الذمة ، ثم يثبت به حق الرجوع على الأمر فكان راضيًا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعًا قياسًا أيضًا .

* * *

باب عزل الوكيل

قال : وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير وصاركالوكالة التي تضمنها عقد الرهن . قال : فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل

م: **(باب عزل الوكيل)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم عزل الوكيل وأخر باب العزل لأنه بعد الإثبات، م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه ، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب)** ش: أي بالقياس من جهة المدعي م: **(لما فيه من إبطال حق الغير)** ش: ، وقبل بهذين القيدين لأنه لو وكل المدعى عليه لا يطلب المدعي لملك المدعى عليه عزله ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الطالب يملك الطالب عزله سواء كان ذلك بطلب المدعى عليه أو لا .

وعدم صحة العزل إذا كان يطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب وبحضوره يصح عزله ، سواء رضي به الطالب أو لا ، وقال مالك -رحمه الله- : إذا ثبت بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله في الغيبة والحضور .

وعند الشافعي وأحمد -رحمهما الله-: يجوز عزل الوكيل بالخصومة تعلق به حق الغير أم لا ، لأن الوكالة عقد جائز غير لازم، م: **(وصار)** ش: أي الوكيل من جهة الطالب إذا كان يطلب من جهة الطالب م: **(كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن)** ش: بأن وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطًا على البيع ، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به ، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه يصح إذا كان لم يحضره الطالب، رضي به أو لا .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(فإن لم يبلغه العزل)** ش: أي فإن لم يبلغ الوكيل عزل الموكل إياه م: **(فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم)** ش: أي الوكيل عزله ، وبه قال الشافعي -رحمه الله-في قول، ومالك -رحمه الله-في رواية، وأحمد -رحمه الله-في رواية .

وقال الشافعي في الأصح: ينعزل ، وبه قال مالك في رواية ، وأحمد في رواية -رحمه الله-، م: **(لأن في العزل إضرار به)** ش: أي بالوكيل م: **(من حيث إبطال ولايته)** ش: من غير علمه م: **(أو من حيث)** ش: أي أو يكون الإضرار به من حيث م: **(رجوع الحقوق إليه)** ش: أي إلى الوكيل وبين ذلك بقوله م: **(فينقد من مال الموكل)** ش: إذا كان وكيلاً بالشراء .

ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده قال :وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونًا مطبقًا ، ولحاقه بدار الحرب مرتدًا لأن التوكيل تصرف غير لازم، فيكون لدوامه حكم ابتدائه ، فلابد من قيام الآمر وقد بطل بهذه العوارض ،

م: (**ويسلم المبيع**) ش: إلى المشتري إذا كان وكيلاً بالبيع ، ثم إذا نفذ أو سلم م: (**فيضمنه**) ش: لأن فعله بعد العزل م: (**فيتضرر به**) ش: ، فلا يجوز لأن الضرر مدفوع شرعًا ، م: (**ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره**) ش: أي وغير النكاح مثل البيع والشراء ونحو ذلك م: (**للوجه الأول**) ش: وهو إبطال الولاية يعني أن العزل لا يصح قبل علم الوكيل أصلاً ، والوكيل بالنكاح وغيره سواء نظرًا إلى الوجه الذي في الإضرار بالوكيل من حيث إبطال ولايته .

وكذا عزل الوكيل بالطلاق لا يصح من غير علمه ، ذكره في «مختصر الكافي» م: (**وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده**) ش: ذكره في فصل القضاء بالموارث من «أدب القاضي» بقوله : ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-والوكالة تثبت بخبر الواحد حرًا كان أو عبدًا، عادلاً كان أو فاسقًا ، رجلاً كان أو امرأة ، صبيًا كان أو بالغًا ، وكذلك العدل عندهما .

وعند أبي حنيفة -رحمه الله- : لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل، أو بخبر الاثنين إذا لم يكونا عدلين والوكيل ،لو عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة ، وعند الشافعي وأحمد ومالك -رحمهم الله- في رواية : ينعزل ، وقال مالك -رحمه الله- : إن كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه ، وفي «الذخيرة» : بإنكار الموكل الوكالة لا ينعزل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونًا مطبقًا ولحاقه بدار الحرب**) ش: حال كونه م: (**مرتدًا**) ش: ، ولا خلاف في هذه الأشياء م: (**لأن التوكيل تصرف غير لازم**) ش: لأنه يمكنه أن يعزله م: (**فيكون لدوامه حكم ابتدائه**) ش: لأن كل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه ، لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة ، وكان على جزء منه بمنزلة ابتداء العقد م: (**فلابد من قيام الآمر**) ش: أي أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة .

م: (**وقد بطل**) ش: أي أمر التوكيل م: (**بهذه العوارض**) ش: وهي الموت والجنون، والارتداد لا يشكل بالبيع الخيار، فإنه غير لازم ، ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يتقرر لأن الأصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العوارض ، وهو الخيار ، فإذا مات تقرر الأصل وبطل العارض لعدم

وشرط أن يكون الجنون مطبقًا لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف - رحمه الله - اعتبارًا بما يسقط به الصوم ، وعنه :أكثر من يوم وليلة ، لأنه تسقط به الصلوات الخمس، فصار كالميت ، وقال محمد - رحمه الله -: حول كامل لأنه يسقط جميع العبادات فقدر به احتياطًا . قالوا : الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة - رحمه الله - لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذت، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه وقد مر في السير ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها

بقاء الخيار بموته، م: (**وشرط**) ش: أي القدوري : م: (**أن يكون الجنون مطبقًا**) ش: بكسر الباء أي دائمًا ، ويليه الحمى المطبقة ، أي الدائمة ، وقيل: مطبقًا أي مستوعبًا ، من طبق الغيم السماء إذا استوعبها .

م: (**لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف -رحمه الله- اعتبارًا بما يسقط به الصوم**) ش: أي صوم شهر رمضان ، روى هذه الرواية أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة -رحمهما الله- م: (**وعنه :**) ش: أي وعن أبي حنيفة -رحمه الله-م: (**أكثر من يوم وليلة ؛ لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت ، وقال محمد -رحمه الله- حول كامل**) ش: أي الجنون المطبق يقدر بحول كامل، م: (**لأنه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطًا**).

ش: وقال القدوري - رحمه الله - في كتاب «التقريب» : قال في «الأصل» : إذا ذهب عقل الموكل زمانًا خرج الوكيل من الوكالة ، ولو ذهب عقله ساعة والوكيل على وكالته ، وعن أبي يوسف-رحمه الله-أنه لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة ، وروي عن محمد-رحمه الله- : يوم وليلة ، ثم رجع فقال : شهر ، ثم رجع فقال: سنة، وذكر الكرخي-رحمه الله-في حد الجنون المطبق عند أبي يوسف شهر م: (**قالوا**) ش: أي قال المشايخ -رحمهم الله- م: (**الحكم المذكور في اللحاق**) ش: في «مختصر القدوري» م: (**قول أبي حنيفة-رحمه الله-لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته**) ش: موقوفة م: (**فإن أسلم نفذت ، وإن قتل أو ألحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه ، وقد مر في السير**) ش: أي يصرف المرتد موقوفًا أو نافذًا في« السير » في باب أحكام المرتدين ، عند قوله - : «وما باعه أو اشتراه أو وهبه أو تصرف فيه ، من أمواله في حال ردته فهو موقوف » .

م: (**وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها**) ش: لأن المرتدة لا تقتل بالحرب ولم يوجد ، لأنه ليس لها بينة صالحة للحراب

على ما عرف . قال: وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه ، أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل ، علم أو لم يعلم .

م: (**على ما عرف**) ش: في موضعه في كتب السير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له**) ش: أي ووكل العبد المأذون له م: (**ثم حجر عليه**) ش: أي على العبد المأذون له م: (**أو الشريكان فافترقا**) ش: يعني أحد شريكي العنان ، أو المفاوضة إذا وكلا وكيلاً ثم افترقا م: (**فهذه الوجوه**) ش: أي عجز المكاتب أو الحجر على المأذون له وافتراق الشريكين م: (**تبطل الوكالة على التوكيل علم أو لم يعلم**) ش: أي علم الوكيل بذلك أو لم يعلم .

وقال أبو النصر -رحمه الله- «في شرحه» : هذا الذي ذكره القدوري جميعه جائز على الأصل إلا في الشريكين، لأن ذلك خلاف الرواية ، لأن محمدًا -رحمه الله-قال في «الأصل» : وإذا وكل أحد المتفاوضين وكلاً بشيء ثم افترقا واقتسما أو شهدا أنه لا شركة بينهما ، ثم أن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعًا ، وكذلك لو كانا وكلاه جميعًا ، لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة .

وكذلك قال الأسبيجابي -رحمه الله- في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد -رحمه الله- : وليس تفرقهما نقضًا للوكالة لأن أثر النقض لا يظهر في توابع عقود بأثرها أحدهما قبل ذلك .

وقال الأترازي -رحمه الله- : والعجب من صاحب «الهداية» أنه أبهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري ، والغالب على ظني أن القدوري أراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية ، لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة ولا يلزم أن يكون قوله مخالفًا للرواية لا محالة . . انتهى .

ورد عليه الأكمل : بأن هذا على تقدير صحته يختص بمال الشركة لا غير ، على أنه مخالف لعبارة الكتاب، انتهى .

وفي «المبسوط» : هذا يعني قوله : فهذه الوجوه تبطل الوكالة إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء، أما لو كان التوكيل بقضاء الدين والتقاضي لا يبطل لعجز المكاتب وحجر المأذون، لأن في كل عمل وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر بل يبقى مطالبًا بإيفائه ، وبهذا ليس لولي العبد أن يتقاضى دينه إن كان عليه دين أو لا ، لأنه إن كان عليه دين فكسبه حق عن مائة والمولى فيه كالأجانب، وإن لم يكن عليه دين فوجب المال بعقد العبد، ولا يكون هو في هذا دون الوكيل، وما وجد من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الوكيل المطالبة به فها هنا أولى .

لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقد بطل بالحجر والعجزوالافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل .قال: وإذ مات الوكيل أو جن جنونًا مطبقًا بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته وإن لحق بدار الحرب مرتدًا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلمًا ، قال - رضي الله عنه-: وهذا عند محمد- رحمه الله -، فأما عند أبي يوسف- رحمه الله -: لا تعود الوكالة، لمحمد: أن الوكالة إطلاق؛لأنه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به، وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً ، ولأبي يوسف- رحمه الله -: أنه إثبات ولاية التنفيذ؛ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك

م: (لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقد بطل) ش: أي قيام الأمر م: (بالحجر) ش: في المأذون له م: (والعجز) ش: في المكاتب م: (والافتراق) ش: في الشريكين، م: (ولا فرق بين العلم) ش: أي علم الوكيل م: (وعدمه لأن هذا عزل حكمي) ش: أي عزل من طريق الحكم، م: (فلا يتوقف على العلم) ش: كالموت م: (كالوكيل بالبيع إذا باعه) ش: أي إذا باع المبيع الموكل حيث يصير الوكيل معزولاً حكمًا لفوات محل تصرف الوكيل .

م: (قال: وإذا مات الوكيل أو جن) ش: أي الوكيل م: (جنونًا مطبقًا بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته) ش: ولو جن ساعة ثم أفاق فهو على وكالته وجعل هذا كالنوم ، كذا في«التتمة» ، م: (وإن لحق) ش: أي الوكيل م: (بدار الحرب) ش: حال كونه م: (مرتدًا لم يجز له التصرف إلا أن يعود) ش: من دار الحرب إلى دار الإسلام حال كونه م: (مسلمًا) ش: ، وقال شيخ الإسلام في «مبسوطه» هذا إذا حكم القاضي بلحاقه ، وإليه أشار في «مبسوط شمس الأئمة» لأنه لما قضى بلحاقه بعد موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة ، أما قبل القضاء باللحاق لا يخرج عن الوكالة باتفاقهم .

م: (قال- رضي الله عنه -) ش: أي المصنف -رحمه الله- :م: (وهذا) ش: أي جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلمًا م: (عند محمد -رحمه الله- فأما عند أبي يوسف -رحمه الله- :لا تعود الوكالة ؛ ولمحمد: أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع) ش: ومعناه أن الوكيل كان ممنوعًا شرعًا أن يتصرف في كل شيء لموكله فإذا وكله رفع المانع م: (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) ش: أي بالوكيل من الحرية والعقل والبلوغ .

والقصد في ذلك التصرف ، والكل قائم ، وصحة التوكيل لحق الموكل وحقه قائم أيضًا بعد لحاقه، م: (وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً ، ولأبي يوسف -رحمه الله-:أنه) ش: أي التوكيل م: (إثبات ولاية التنفيذ ؛ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك) ش: أي ولاية التنفيذ ملصق بالملك ، لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ،

وباللحاق لحق بالأموات، وبطلت الولاية ،فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر، ولو عاد الموكل مسلمًا وقد لحق بدار الحرب مرتدًا لا تعود الوكالة في الظاهر ، وعن محمد - رحمه الله -: أنها تعود كما قال في الوكيل، والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق . قال : ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهًا مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته ،فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه ، أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء

فكان الوكيل مالكًا للتنفيذ بالوكالة .

م: (**وباللحاق**) ش: أي بدار الحرب م: (**لحق بالأموات وبطلت الولاية ، فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر**) ش: يعني يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاقه ، وبعوده مسلمًا لا يعود ملكه ، فيهما ، ولا يرتفع العقد فكذا الوكالة التي بطلت لا تعود، م: (**ولو عاد الموكل مسلمًا**) ش: أي عاد بعد القضاء بلحاقه وبه صرح في« المبسوط» م: (**وقد لحق**) ش: أي والحال أنه قد لحق م: (**بدار الحرب مرتدًا لا تعود الوكالة في الظاهر**) ش: أي في ظاهر الرواية .

م: (**وعن محمد -رحمه الله -: أنها**) ش: أي أن الوكالة م: (**تعود كما قال في الوكيل**) ش: أي كما قال محمد-رحمه الله-في الوكيل إذا عاد مسلمًا : تعود وكالته لأن الموكل إذا عاد مسلمًا عاد على ماله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه ، فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته، م: (**والفرق له على الظاهر**) ش: أي الفرق لمحمد -رحمه الله- على ظاهر الرواية م: (**أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال**) ش: فبطلت الوكالة على البيان م: (**وفي حق الوكيل على معنى قائم به**) ش: أي بالوكيل م: (**ولم يزل**) ش: بضم الزاي ، أي المعنى القائم به لم يزل م: (**باللحاق**) ش: بدار الحرب، ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال ، فإذا زال العارض صار كأن لم يكن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ومن وكل رجلاً بشيء**) ش: وفي بعض النسخ : ومن وكل آخر بشيء م: (**ثم تصرف بنفسه فيما وكل به**) ش: أي الذي وكل به ، بأن باعه أو وهبه لأحد أو تصدق به م: (**بطلت الوكالة**) ش: انتهى كلام القدوري ، وقال المصنف : م: (**وهذا اللفظ**) ش: من كلام المصنف -رحمه الله-، أي هذا اللفظ الذي قاله القدوري-رحمه الله-م: (**ينتظم وجوهًا**) ش: أي يشمل وجوهًا كثيرة من المسائل ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**مثل أن يوكله**) ش: أي أو يوكل أحدًا م: (**بإعتاق عبده أو بكتابته**) ش: أي : أو أن يكاتب عبده م: (**فأعتقه**) ش: أي الموكل أعتق عبده بنفسه م: (**أو كاتبه الموكل بنفسه**) ش: بطلت الوكالة م: (**أو يوكله**) ش: أي أو يوكل أحدًا م: (**بتزويج امرأة**) ش: أي بأن يزوجه امرأة م: (**أو بشراء شيء**) ش: أي أو

ففعله بنفسه ، أو يوكله بطلاق امرأته فطلقـها الزوج ثلاثًا أو واحدة ، وانقضت عدتها ، أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ، حتى لو تزوجها بنفسـه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجـها منه؛ لأن الحاجة قـد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوجـها الوكيل وأبانهـا له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجـة ، وكذا لو وكله ببيع عبـده فباعه بنفـسه ، فلو رد عليه بعيب بقضاء قاضٍ ، فعن أبي يوسف-رحمه الله - أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل ، وقال محمد - رحمه الله - له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية ؛لأنه

يوكله بشراء شيء م: (**ففعله بنفسه**) ش: أي فعله الموكل بنفسه بأن يزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلاً ، حتى لو أباناها بعد الزواج لم يجز للوكيل أن يزوجها إياه، م: (**أو يوكله**) ش: أي يوكل أحدًا م: (**بطلاق امرأته فطلقـها الزوج ثلاثًا**) ش: أي ثلاث طلقات م: (**أو واحدة**) ش: أي أو طلقها واحدة م: (**وانقضت عدتها**) ش: فليس للوكيل أن يطلقها بعد ذلك ، لا في العدة ولا بعدها وإنما قيد بقوله « وانقضت عدتها» لأنه إذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها ، كان للوكيل أن يطلقها ما دامت في العدة .

م: (**أو بالخلع**) ش: أي أو يوكله بأن يخالع امرأته م: (**فخالعها**) ش: أي الزوج م: (**بنفسه لأنه**) ش: أي لأن الموكل م: (**لما تصرف بنفسه**) ش: أي لما فعل الذي وكله فيه بنفسه م: (**تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة**) ش: ثم بين نتيجة ذلك بقوله م: (**حتى لو تزوجها بنفسه**) ش: أي لو تزوج المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجها إياه م: (**وأبانها**) ش: أي بعد التزوج بنفسه بالطلاق م: (**لم يكن للوكيل أن يزوجها منه**) ش: أي أن يزوج المرأة البائنة من الوكيل م: (**لأن الحاجة قد انقضت**) ش: أي لأن حاجته كانت في تزوجها وقد حصلت م: (**بخلاف ما إذا تزوجـها الوكيل**) ش: أي المرأة التي وكل بتزويجها إياه وبعد أن تزوجها م: (**وأبانها له**) ش: أى للوكيل م: (**أن يزوج الموكل**) ش: الذي كان وكل لرجل بتزويجها إياه، حيث يجوز تزويجه إياها منه م: (**لبقاء الحاجة**) ش: أي حاجة الموكل فيها .

م: (**وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه**) ش: أي فباعه الموكل بطلت الوكالة، م: (**فلو رد عليه**) ش: أي فلو رده العبد م: (**بعيب**) ش: ظهر فيه على الموكل م: (**بقضاء قاضٍ**) ش: قيد به لأنه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه من أخذه بالإجماع، م: (**فعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه ليس للوكيل أن يبيعه**) ش: أي هذا العبد م: (**مرة أخرى لأن بيعه بنفسه**) ش:، أي لأن بيع الموكل بنفسه العبد م: (**منع له**) ش: أي الوكيل م: (**من التصرف فصار كالعزل**) ش: صريحًا .

م: (**وقال محمد -رحمه الله- :له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه**) ش: أي لأن عقد

إطلاق والعجز قد زال ، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانيًا لأنه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة،أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم .

الوكالة أو لأن التوكل م: (**إطلاق**) ش: أي إطلاق للتصرف ، ولم يوجد العزل صريحًا وكان ممنوعًا لعارض لعجزه عن ذلك م: (**والعجز قد زال**) ش: فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة أخرى م: (**بخلاف ما إذا وكله**) ش: وكل واحداً م: (**بالهبة**) ش: بأن يهب عبداً من فلان أو غيره من نحو ذلك م: (**فوهب بنفسه**) ش:، أي فوهب الموكل بنفسه م: (**ثم رجع**) ش: عن هبته م: (**لم يكن للوكيل أن يهب ثانيًا**) ش: بعد ذلك م: (**لأنه**) ش: أي لأن الواهب م: (**مختار في الرجوع فكان ذلك**) ش: أي الرجوع من الواهب مختاراً .

م: (**دليل عدم الحاجة**) ش: أي إلى الهبة إذ لو كان محتاجًا لما رجع ، فكان دليلاً على نقض الوكالة، م: (**أما الرد بقضاء**) ش: أي أما رد الهبة بقضاء القاضي م: (**بغير اختياره**) ش: أي اختيار الواهب م: (**فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فإذا أعاد إليه قديم ملكه كان له**) ش: أي للوكيل م: (**أن يبيعه والله أعلم**) ش: ،وقال محمد -رحمه الله- في «الأصل» : وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له ، ثم إن الموكل باع العبد ، أو دبره ، أو كاتبه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، أو رهنه ، وقبض منه أو أجره ، أو كاتب أمته فوطئها فولدت أو لم تلد ، فإن ذلك كله نقض للوكالة ، ما خلا الوطء إذا لم تلد ، وما خلا الإجارة والرهن ، وكذلك الخدمة ليس تنقض الوكالة .

وقال الأسبيجابي -رحمه الله- : ولو وكله أن يزوجه امرأة بينهما فإذا لها الزوج فمات عنها أو طلقها وانقضت العدة ، ثم زوجها إياه الوكيل جاز لأنه أمره بإنكاحها إياه، وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة ، فانصرف التوكيل إليه، وصار كأنه نصر على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة والوكالات مما لا يقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل، والله أعلم .

* * *

كتاب الدعوى

م: (كتاب الدعوى)

ش: أي هذا كتاب في بيان الأحكام المتعلقة بالدعوى، وهي في اللغة: اسم لادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالاً، وبفتح الواو لا غير، كفتوى وفتاوى، وقيل: الدعوى لغة قول يقصد به إيجاب حق على الغير.

وذكر شيخ الإسلام المحبوبي -: الدعوى لغة: إضافة الشيء إلى نفسه بأن قال: لي ذمته دعوة الولد.

وذكرت في «شرحي الكنز»: أن الدعوى فعلى من الدعاء وهو الطلب، والفعل منه ادعى يدعي وادعاء فهو مدع، والعين الذي يدعي مدع، ولا يقال مدعى فيه ولا به، وأصل دعى ادتعى، وأصل مدع مدتعي، قلبت التاء دالاً وأدغمت الدال في الدال، والدعوة بفتح الدال الدعاء إلى الطعام وبكسرها في النسب، وبضمها في دار الحرب فافهم.

وفي الشرع: الدعوى: إضافة الشيء إلى نفسه في حالة المنازعة، وقيل: هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته، ولها ركن وشرط وحكم وسبب، أما ركنها هو معناها لغة، وهي إضافة الشيء إلى نفسه، لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء، والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعي إلى نفسه فكان ركنًا، وأما شرطها مجلس القضاء لأن الدعوى لا تصح في غير مجلس القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي، وأما حكمها: فوجوب الجواب على الخصم إما بنعم أو بلا، وأما سببها: فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع!.

وفي «المبسوط» وغيره: سبب فسادها شيئان، جهالة المدعي، وكونها لا تكون ملزمًا على الخصم وهي مشروعة بالكتاب والسنة، وإجماع الأمة، أما الكتاب: قوله تعالى في قصة داود- عليه السلام -: ﴿وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب﴾ (سورة ص: الآية ٢٠) وفسر علي -رضي الله عنه- بقوله: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

وأما السنة: فما رواه عمرو بن شعيب - رضي الله عنه - عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وأما الإجماع: فقيل: انعقد إجماع الأمة عليها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا.

ووجه المناسبة بين هذا الكتاب وبين كتاب الوكالة هو أن الوكالة كانت بالخصومة لأجل الدعوى.

قال : المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ،والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى .وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها، فمنها ما قال في الكتاب ، وهو حد عام صحيح ، وقيل : المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقًا بقوله من غير حجة كذي اليد ، وقيل : المدعي من يتمسك بغير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمد- رحمه الله - في الأصل : المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا - رحمهم الله -؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور ،

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-في «مختصره» م: (**المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة**) ش: هذا الحد هو الذي اختاره القدوري -رحمه الله- ، وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**ومعرفة الفرق بينهما**) ش: أي بين المدعي والمدعى عليه م: (**من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى**) ش:، وذلك لأن الإنسان قد يكون مدعيًا صورة ، ومع ذلك القول قوله «مع يمينه »، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكرنا في الكتاب .

م: (**وقد اختلفت عبارات المشايخ فيها،**) ش: أي في الفرق بين المدعي والمدعى عليه م: (**فمنها**) ش: أي فمن جملة عبارات المشايخ م: (**ما قال في الكتاب**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وهو حد عام صحيح**) ش: أما عمومه فلأنه يتناول كل حد من الحدود التي ذكرت في المدعي والمدعى عليه ، وأما صحته فلأنه جامع مانع على ما لا يخفى، فلذلك اختاره المصنف -رحمه الله تعالى - .

م: (**وقيل: المدعي من لا يستحق إلا بحجة**) ش: يعني البينة والإقرار م: (**كالخارج**) ش: الذي يدعي عينًا في يد رجل فإنه لا يستحق إلا بحجة ، يعني البينة أو الإقرار م: (**والمدعى عليه من يكون مستحقًا بقوله من غير حجة كذي اليد**) ش: أي كصاحب اليد فإنه لا يحتاج إلى بينته واستحقاقه بقوله هذا ملكي وأنا واضع اليد . وقال الأكمل : هو ليس بعام لعدم تناوله لصورة المودع إذا ادعى رد الوديعة، ولعله غير صحيح .

م: (**وقيل: المدعي من يتمسك بغير الظاهر**) ش: إذ الظاهر أن الأملاك في يد المالك وبراءة الذمة م: (**والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر**) ش: لأنه يدعي قرار يده وملكه على ظاهره ، وهذا منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه ، وليس بتمسك بالظاهر ، لأن رد الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ،م: (**وقال محمد -رحمه الله- في« الأصل»: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته**) ش: أي في معرفة المنكر م: (**والترجيح بالفقه**) ش: يعني باعتبار المعنى دون الصورة م: (**عند الحذاق من أصحابنا- رحمهم الله-؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور**) ش: بيانه إذا تعارضت الجهتان في صورة فالترجيح لأحدهما على الآخر يكون بالفقه كما ذكرنا ،

فإن المودع إذا قال : رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ينكر، وإن كان مدعيًا للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى. قال : ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا في جنسه وقدره لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق .

ثم أوضح ذلك بقوله :

م: (**فإن المودع إذا قال :رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ينكر ، وإن كان مدعيًا للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى**) ش: فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، لأنه متمسك بالأصل إذ الأصل في الذمم البراءة ، ويحلف القاضي أنه لا يلزمه رد ولا ضمان ، ولا يحلفه على أنه رده لأن اليمين أبدًا يكون على النفي ، فلو أقام على بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضًا فكان مدعى عليه ، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتبر معناها فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه ، **فإن قيل** : المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بثابت وهو الرد ، إذ الرد لم يكن ثابتًا ، والمودع متمسك بما هو ثابت ، وهو عدم الرد ، فإن كان ثابتًا فينبغي أن يكون الأمر على العكس .

قلت : المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى ، وهو أصل المودع يدعي الشغل ، ولم يكن ثابتًا ، ولهذا تقبل بينته اعتباراً للصورة ، ويجبر على الخصومة ، ويحلف اعتباراً للمعنى ، **فإن قيل** : يشكل هذا بما إذا ادعى المديون رفع الدين إلى وكيل رب الدين ، ثم حضر رب الدين وأنكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة ، مع أن المديون يدعي البراءة ؟ .

قلنا : المديون يدعي البراءة هنا بعد الشغل ، فكان الشغل أصلاً والبراءة عارضًا ، أما في رد الوديعة فالبراءة أصل والشغل عارض ما ذكرنا فالقول له .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا في جنسه وقدره**) ش: ، قال المصنف -رحمه الله تعالى - : م: (**لأن فائدة الدعوى الإلزام**) ش: أي إلزام الخصم م: (**بواسطة إقامة الحجة**) ش: أي بواسطة الحجة وهي البينة والإقرار م: (**والإلزام في المجهول لا يتحقق**) ش: لأن يلتفت القاضي إذا ادعى شيئًا مجهولاً ، ولا يكلف المدعى عليه الجواب ، لأنه إن أنكر لا يصح إقامة البينة عليها مع الجهالة ، وإن نكل عن اليمين لا يمكن القضاء بالمجهول فسقطت الدعوى ، فإذا كان كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة ، وهي بأن يكون المدعي معلومًا في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهمًا أو ديناراً ، أو كرًا ويذكر مع ذلك صفتها ، كالحنطة البيضاء أو الحمراء ، ويذكر أنها جيدة أو رديئة كذا في «الذخيرة» .

وإذا كان المدعي مجهولاً في نفسه لا تسمع ولا تعلم فيه خلافًا إلا في الوصية ؛ فإن الأئمة الثلاث يجوزون دعوى المجهول في الوصية بأن ادعى حقًا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان

فإن كان عينًا في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى ، وكذا في الشهادة والاستحلاف ؛لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ في التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ،وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا ،واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى .

بالمجهول ، وتصح دعوى الإبراء بالمجهول بلا خلاف ، ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، وعن مالك-رحمه الله- : لا يسمع دعوى الذمي الزاني على الشريف إذا لم يعرف بينهما نسب .

م: (**فإن كان**) ش: أي المدعي م: (**عينًا في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليه**) ش: المدعي م: (**بالدعوى**) ش: فيقول : هذا الذي أدعيه ، لأن المنقول لا يحيط بالوصف فيجب إحضاره ، فيجب العلم بأقصى ما يمكن ، ويرتفع الاشتباه ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف ، م: (**وكذا في الشهادة**) ش: أي المدعى عليه بإحضار المدعي ليشير إليه عند أداء الشهادة ، وقالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه : يحضر الحاكم عندها أو يبعث أمينًا ، وفي «المجتبى» : قال الأسبيجابي في مسألة سرقة البقرة : « لو اختلفا في ألوانها تقبل الشهادة عنده خلافًا لهما » .

وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ، إذ لو شرط ألوانها لأحضرت ، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ، ثم قال : والناس عنها غافلون ، م: (**والاستحلاف**) ش: يعني إذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها ، م: (**لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك**) ش: أي الإعلام م: (**بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور**) ش: يعني يتعلق بالدعوى الصحيحة الحضور م: (**وعلى هذا القضاة من آخرهم**) ش: أي بأجمعهم ، كذا قاله[في] «الكافي» -رحمه الله- .

وقال الأكمل : من أولهم إلى آخرهم م: (**في كل عصر**) ش: أي من كل زمان من أزمنة الفقهاء والمجتهدين م: (**ووجوب الجواب إذا حضر**) ش: أو يتعلق بالدعوى أيضًا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا إذا حضر م: (**ليفيد حضوره**) ش: لأن المقصود من حضوره الجواب م: (**ولزوم إحضار العين المدعاة**) ش: أي ويتعلق بالدعوى أيضًا وجوب إحضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت منقولة قائمة في يده م: (**لما قلنا:**) ش: أشار به إلى قوله : ليشير إليها بالدعوى م: (**واليمين**) ش: بالجر عطفًا على إحضار العين أي يتعلق بالدعوى أيضًا لزم اليمين على المدعى عليه م: (**إذا أنكره**) ش: الحق إذا لم يقدر المدعي على إقامة البينة ، م: (**وسنذكره إن شاء الله تعالى**) ش: أي سنذكر وجوب اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب ،

قال :وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلومًا لأن العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين ، وقال الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

م: (قال: **وإن لم تكن**) ش: أي العين المدعاة م: (**حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلومًا**) ش: وعدم حضور العين أعم من أن يكون لهلاكها أو للتعذر .

وقال شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله- : ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام ، والقطيع من الغنم ، فالقاضي بالخيار إن شاء حضر ذا الموضع إن تيسر له ، وإلا بعث خليفته إن كان مأذونًا بالاستخلاف ، وإذا رفعت الدعوى في جملة ولا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير إليه الشهود لحضرته .

وذكر الإمام القاضي ظهير الدين -رحمه الله- : وهذا إنما يستقيم إذا كانت العين المدعاة في المصر ، أما إذا كانت خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط جواز القضاء في ظاهر الرواية ، لكن الطريق فيه أن يبعث واحدًا من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ، ثم بعد ذلك يمضي قضاؤه .

م: (**لأن العين لا تعرف بالوصف**) ش: لأنه ربما توجد أعيان كثيرة بهذا الوصف فلا يصير المدعى معلومًا مع وجود المزاحم م: (**والقيمة تعرف به**) ش: أي بالوصف لأنه إذا قيل: عشرة دراهم من الفضة وكذا دينارًا من الذهب ، الركن يصير قيمته معلومة بهذا الوصف .

قال تاج الشريعة: وقال الأكمل -رحمهما الله- : وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ، فيصير المدعى معلومًا ، وذكر الوصف بكاف لأن العين لا تعرف الوصف وإن بويع فيه لإمكان المشاركة فيه فذكره في تعريفه غير مفيد، والقيمة شيء يعرف به المعين فبذكرها يكون مفيدًا ، وقوله : م: (**وقد تعذرت مشاهدة العين**) ش: جملة حالية بمن قوله لأن العين لا تعرف بالوصف ، يعني والحال أن المشاهدة تعذرت ، وأغلاق تركيبه لا يخفى انتهى.

قلت : لا إغلاق في تركيبه على ما لا يخفى، بل التحقيق على ما ذكره تاج الشريعة -رحمه الله- ومثله قال الكاكي -رحمه الله- : قوله - : وقد تعذرت مشاهدة العين الوصف والقيمة في الغائب مقام المشاهدة ،م: (**وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة**) ش:، وقال محمد بن محمود الأستروشني في «فصوله» : وإذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج إلى ذكر الأنوثة والذكورة ؟ ، اختلف المشايخ فيه ، وذكر الصدر الشهيد : لابد من ذكر الأنوثة والذكورة ، ولابد من بيان السن ، ومن المشايخ من أبى ذكر الذكورة والأنوثة ، لأن المقصود في

قال : وإن ادعى عقاراً وحدده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد، فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة،ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولابد من ذكر الحد؛ لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة - رحمه الله - على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافًا لزفر - رحمه الله - لوجود الأكثر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة ؛لأنه يختلف بهْ المدعي ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب، وذكر أنه

دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكرهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-في «مختصره» : م: (**وإن ادعى عقاراً وحدده**) ش: أي ذكر حدوده م: (**وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به**) ش: أي وأن المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى م: (**لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد ، فإن العقار يعرف به**) ش: أي بالتحديد م: (**ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم**) ش: ويذكر أصحاب حدود العقار ، ويذكر أنساب أصحاب الحدود بأن يقال: فلان بن فلان بن فلان م: (**ولابد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: أي يذكر الجد م: (**على ما عرف هو الصحيح**) ش: احترز به عما روي عنهما أن ذكر الأب يكفي م: (**ولو كان الرجل مشهوراً**) ش: كأبي حنيفة -رحمه الله-ومحمد بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، وأبي جعفر الكبير البخاري -رحمهم الله جميعًا- م: (**يكتفي بذكره**) ش: أي بذكر الرجل بدون نسبته .

م: (**فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافًا لزفر -رحمه الله-**) ش: هو يقول: التعريف لم يتم بدون ذكره وقوله م: (**لوجود الأكثر**) ش:، دليلنا أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع، ثم مقدار الطول يعرف بالحدين ، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين، وقد يكون الأصل مثليه م: (**بخلاف ما إذا غلط في الرابعة**) ش: يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابعة جاز ، أي عن الحد الرابع وإنما أنثه باعتبار الجهة وإنما قلنا : « وسكت عن الرابعة » لأنه إذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر .

م: (**لأنه يختلف به**) ش: أي بالغلط م: (**المدعي ولا كذلك بتركها**) ش: أي بترك الرابعة ، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن ، وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهم، لأنه صار عقد آخر بالغلط م: (**وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة**) ش: حتى لو ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافًا لزفر كما مر .

م: (**وقوله في الكتاب:**) ش: أي قول القدوري -رحمه الله- في «مختصره» : م: (**وذكر أنه**

في يد المدعى عليه لابد منه ؛لأنه إنما ينتصب خصمًا إذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيحنفيًا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما، بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة ، وقوله أنه يطالبه به ؛لأن المطالبة حقه فلابد من طلبه ،

في يد المدعى عليه لابد منه لأنه) ش: أي لأن المدعى عليه م: (إنما ينتصب خصمًا) ش: دعواه ، في «الخلاصة» ادعى على آخر دارًا في يده ، وقال: في ملكي وفي يدي ، وأنكر المدعى عليه أنها ملك المدعي ، فإن القاضي لا يقضي بهذه البينة ما لم يشهدوا أنها في يد المدعى عليه ، وفي «أدب القاضي » للخصاف: لو أقام أحدهما البينة أنها في يديه وقام الآخر البينة على أنها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد .

قال مشايخنا -رحمهم الله- : نصفه على وجه القضاء ، ونصفه على وجه الترك، كان الكلام فيما م: (إذا كان في يده) ش: والظاهر أن كله وجه القضاء ، وقال الأسبيجابي في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد : وإذا كانت الدار في يدي رجلين ، كل واحد منهما يدعي أنها له ، فكل واحد منهما مدعى لما في يد صاحبه وعليه البينة .

ولكل واحد منهما على صاحبه اليمين فأيهما حلف على دعوى صاحبه برئ عنها ، وأيهما نكل عن اليمين ألزمته ثمنه صاحبه ، لأن يد كل واحد منهما ثابتة على النصف ، فكان خارجًا فيما في يد صاحبه ، فتكون البينة بينة على ما في يد الآخر ، واليمين يمين على صاحبه ، وكذلك الحيوان والعروض ،م: (**وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده، بل لا تثبت اليد فيه**) ش: أي في العقار م: (**إلا بالبينة**) ش: بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده ، حتى لو قالوا : سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لابد في الشهادة على اليد من ذلك، م: (**أو علم القاضي**) ش: بأنه في يده م: (**وهو الصحيح**) ش: احترز به عن قول من يقول : يكتفي بتصديق المدعى عليه أنه في يده .

م: (**نفيًا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه**) ش: أي لعله م: (**في يد غيرهما**) ش: الحاصل : أنه يحتمل أنهما تواصفا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه ، حتى يتصرف فيه المدعي ، فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير ، وذلك يقضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث، م: (**بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة**) ش: فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول القدوري -رحمه الله- : م: (**إنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلابد من طلبه**) ش: أي لأن المطالبة حق المدعي فلابد من طلبه حتى تجب على القاضي إعانته ، وقال

ولأنه يحتمل أن يكون مرهونًا في يده أو محبوسًا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا في المنقول: يجب أن يقول في يده بغير حق . قال : وإن كان حقًا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا ،وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ، لكن لابد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به .

الأكمل -رحمه الله تعالى - : في عبارته تسامح ، لأنه إلى تقدير فلابد من طلب المطالبة فتأمل ، ثم قال : ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلابد من طلبه ، انتهى .

قلت : إنما قال «فيه تسامح» لأنه توهم من ذلك أن الضمير في طلبه يرجع إلى حقه كما يدل عليه تقديره ، ولأن المطالبة حقه فلابد من طلب حقه فوقع فيما وقع فيه ، وإنما الضمير في «طلبه» يرجع إلى المدعي .

والمعنى أصح ، على أن في قوله « ولأن المطالبة »مصدر بمعنى المفعول في كلام يتأمل فيه ، م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المدعي م: (**يحتمل أن يكون مرهونًا في يده**) ش: أي ولأن المدعى يحتمل أن يكون مرهونًا في يده أي في يد المدعى عليهم: (**ومحبوسًا بالثمن في يده**) ش: فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو أداء الثمن ، م: (**وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال**) ش: لأنه لو كان مرهونًا أو محبوسًا بالثمن ، لا يطالب بالانقطاع من ذي اليد بخلاف مجرد الدعوى أنه ملكه ، إذ مجرد الملك لا يدل على أن اليد له م: (**وعن هذا قالوا في المنقول :**) ش: إشارة إلى قوله : يحتمل أن يكون مرهونًا أو محبوسًا بالثمن لم يطالب م: (**يجب أن يقول: في يده بغير حق**) ش: لهذا المعنى الذي ذكر وهو احتمال كونه مرهونًا أو محبوسًا بالثمن ، وفي« الفتاوى الصغرى» و«التتمة» : أنه إذا ملك المدعي ولم يشهد أنه في هذا بغير حق، يعني أنه يقبل؛ وسمعت أنه ذكر شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله-في «الجامع» : أنه اختلف المشايخ فيه ، قال : والأوضح أنه لا يقبل ، وذكر نجم الدين النسفي عن أبي الحسن السعدي والبزدوي : أنه شرط ما لم يثبت أنه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم ، وبه كان يفتي أكثر مشايخنا ، وقال صاحب «التتمة» : وهو الصحيح وعليه الفتوى .

م: (**قال**) ش: القدوري -رحمه الله- في «مختصره» م: (**وإن كان حقًا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله : إن المطالبة حقه فلابد من طلبه م: (**وهذا**) ش: يعني قوله : أن يطالبه م: (**لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ولكن لابد من تعريفه**) ش: أي تعريف ما في الذمة م: (**بالوصف**) ش: مثل أن يقول : -كذا درهمًا أو دينارًا - فبعد ذلك إن كان مضروبًا بذكر نوعه كبخاري الضرب أو نيسابوري الضرب ،م: (**لأنه يعرف به**) ش: أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف بأنه جيد أو وسط أو رديء ، وإنما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة ،

قال: وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فإن اعترف قضى عليه بها لإن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه، وإن أنكر سئل المدعي البينة لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة »؟ فقال: لا، فقال: « لك يمينه » سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال ليمكنه الاستحلاف. قال: فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها

أما إذا كان نقداً واحداً فلا يحتاج.

ولو كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء، والأفضل للمبعض على البعض المبيع ويعطي المشتري البائع أي نقد شاء، إلا أن في الدعوى لابد من تعيين أحدها، وإن كان أحدها أروج يصير ذلك [...] في البيع والدعوى، فلا حاجة إلى البيان، وإن كانت الدعوى لسبب القرض أو استهلاكه فلابد من بيان صفته على كل حال.

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها**) ش: أي عن الدعوى م: (**لينكشف له وجه الحكم**) ش: لأن الأشياء التي تنقطع بها المنازعة الإقرار والبينة واليمين، م: (**فإن اعترف قضى عليه بها**) ش: أي يقضي القاضي على المدعى عليه بالدعوى ولفظ القضاء هنا مجاز للزومه، فإقراره فلا حاجة إلى القضاء، م: (**لأن الإقرار موجب بنفسه**) ش: فلا يتوقف على القضاء، وإذا كان كذلك م: (**فيأمره بالخروج عنه**) ش: موجب إقراره.

م: (**وإن أنكر**) ش: أي المدعى عليه م: (**سئل المدعي البينة لقوله- عليه الصلاة والسلام -**) ش: أي لقول النبي ﷺ: « **ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه** ») ش: هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن وائل بن حجر قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله ﷺ إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي، وقال الكندي: هي أرض في يدي أزرعها، ليس له فيها حق، فقال عليه الصلاة والسلام للحضرمي: « **ألك بينة** »؟ قال: لا، قال: « **فلك يمينه** »، قال: يا رسول الله ﷺ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء، فقال: « **ليس لك منه إلا ذلك** »، فانطلق ليحلف فقال ﷺ: « **أما الذي حلف على مال يأكله ظلمًا ليلقين الله تعالى وهو عنه غير راض** ».

م: (**سأل**) ش: أي النبي ﷺ عن المدعي والمدعى عليه م: (**ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال**) ش: عن البينة أولاً م: (**ليمكنه الاستحلاف**) ش: أي فيمكن القاضي طلب اليمين من المدعى عليه، م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**فإن أحضرها**) ش: أي فإن أحضر المدعى البينة على وفق دعواه م: (**قضى بها**) ش: أي قضى القاضي بالبينة م: (**لانتفاء التهمة عنها**)

وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ، ولابد من طلبه لأن اليمين حقه ، ألا ترى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلابد من طلبه .

ش: أي عن الدعوى لرجحان جانب المصدق في خبر المدعي بالبينة ، م: (**وإن عجز عن ذلك**) ش: أي وإن عجز المدعي عن الإثبات بالبينة ، م: (**وطلب يمين خصمه**) ش: رهو المدعى عليه م: (**استحلفه عليها**) ش: أي على دعواه م: (**لما روينا**) ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « **لك يمينه** » م: (**ولابد من طلبه**) ش: أي من طلب المدعي استحلاف خصمه ، م: (**لأن اليمين حقه**) ش: ثم أوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أنه كيف أضيف إليه؟**) ش: أي كيف أضيف اليمين إلى المدعي؟ ، إنما ذكر أضيف وإن كان مسنداً إلى ضمير اليمين التي هي مؤنثة على تأويل القسم أو الحلف م: (**بحرف اللام فلابد من طلبه**) ش: أي لام الاختصاص ، ففي قوله عليه الصلاة والسلام : « **فلك يمينه** » ، نعلم أن اليمين حقه .

* * *

باب اليمين

وإذا قال المدعي:لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة -رحمه الله- معناه حاضرة في المصر ، وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يستحلف ، لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا ، فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف - رحمهما الله - فيما ذكره الخصاف ، ومع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوي - رحمه الله -

---

م: (باب اليمين)

ش:أي هذا باب في بيان أحكام اليمين ، قال الأترازي -رحمه الله- : ما كان يحتاج هنا إلى الفصل بالباب ، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متواليًا ،لأنه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين ،قلت: الذي رتبه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها .

قال أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: قال المصنف -رحمه الله- : م: (**معناه**) ش: أي معنى قول القدوري : م: (**حاضرة في المصر**) ش: واحترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالإجماع ، وإن طلب الخصم واحترز به أيضًا عما إذا كانت البينة غائبة عن المصر ، فحينئذ يستحلف بالاتفاق .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يستحلف؛ لأن اليمين حقه بالحديث المعروف**) ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « **لك يمينه**» ، وقد مر عن قريب ،م: (**فإذا طالبه**) ش: أي فإذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين م: (**يجيبه**) ش: أي يجيب القاضي المدعي ويستحلف المدعى عليه م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله- : أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا**) ش: إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام : « **ألك بينة ؟**» فقال: لا ، قال : « **لك يمينه** » .

فإنه عليه الصلاة والسلام رتب اليمين على فقد البينة ، م: (**فلا يكون حقه دونه**) ش: أي لا تكون اليمين حق المدعي دون العجز عن البينة ، يعني لا تكون ولاية الاستحلال دون العجز عن إقامة البينة ، م: (**كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس**) ش: أي في مجلس القاضي حيث لا يجوز الاستحلاف ، م: (**ومحمد مع أبي يوسف -رحمهما الله - فيما ذكر الخصاف ، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي- رحمه الله -**) ش: وأنكر الأترازي-رحمه الله- على المصنف في جعل محمد - رحمه الله - مع أبي يوسف -رحمه الله - فيما ذكره الخصاف ، فقال : لأن الخصاف لم يذكر

قال: ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » قسم، والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء

الخلاف في «أدب القاضي» إلا بين أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، ولم يذكر لمحمد -رحمه الله- قولاً .

وكذلك فعل أبو بكر الرازي -رحمه الله - في «شرح أدب القاضي» للخصاف ، ولم يذكر قول محمد-رحمه الله - أصلاً، وكذا قال الإمام أبو محمد الناصحي النيسابوري في «تهذيب أدب القاضي »للخصاف ، فقال: ولم يذكر الخصاف قول محمد -رحمه الله-، ثم قال : وذكر أبو علي بن موسى : إن قول محمد -رحمه الله - مع أبي يوسف -رحمه الله- فيما روى عبد الرحمن البزدي وغيره من أصحاب محمد-رحمهم الله - .

وأنكر الأترازي أيضًا عليه في جعل محمد -رحمه الله- مع أبي حنيفة -رحمه الله-فيما ذكره الطحاوي، ثم قال : لأن الطحاوي ذكر هذه المسألة في «مختصره» وذكر الخلاف بين أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله-، ثم قال : ولم نجد هذه الرواية عن محمد -رحمه الله-، وأنكر الرواية عن محمد -رحمه الله- أصلاً ومع هذا كيف يدعي صاحب «الهداية» أن محمداً مع أبي حنيفة -رحمهما الله - فيما ذكره الطحاوي -رحمه الله-؟ . قلت: لا وجه لهذا الإنكار ، لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً -رحمه الله- مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره .

م: (قال:) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**ولا ترد اليمين على المدعي**) ش: ،وقال مالك والشافعي وأحمد -رحمهم الله - في رواية : ترد ، وقول أحمد -رحمه الله- في الظاهر كقولنا،م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام:**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**البينة على المدعي ، واليمين على مَنْ أنكرَ**) ش: الحديث أخرجه البيهقي في «سننه» عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال : قال رسول الله ﷺ : « **لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر** » .

وروى محمد بن الحسن -رحمه الله-عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده-رضي الله عنهم- عن النبي ﷺ أنه قال : « **البينة على المدعي واليمين على من أنكر** » وجه الاستدلال به هو : ما قال المصنف -رحمه الله - بقوله : م: (**قسم**) ش: أي قسم النبي ﷺ بين الخصمين، فجعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر، م: (**والقسمة تنافي الشركة وجعل**) ش: أي النبي ﷺ م: (**جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء**) ش: بيانه : أنه ذكر اليمين محلى بالألف والام وأنه للجنس إذا لم يكن ثمة معهود .

ويقال: جعل البينة حجة جنس المدعين ، واليمين حجة جنس المنكرين ، فتكون جميع الأيمان على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جميعها على المنكرين ، فيكون ذلك نسخًا للحديث المشهور ، ولأنه عمل به الأئمة ، وأنه لا يجوز بخبر الواحد ولا بالقياس، م: (**وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله -**) ش: قد ذكرنا رد حجته ومن معه في مسألة القضاء بشاهد ويمين .

روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - حديث ابن عباس - رضي الله عنه - : « أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد[1] » والجواب عنه من وجهين ، أحدهما : أنه معلول بالانقطاع لأن فيه عمرو بن دينار عن ابن عباس - رضي الله عنه- ، وقال الترمذي في «علله الكبير» : إن هذا الحديث قاله عمرو بن دينار ولم يسمعه من ابن عباس - رضي الله عنه - .

وقال ابن القطان في كتابه : والحديث وإن كان مسلمًا أخرجه عن قيس بن سعد وعمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، ولكنه يروى بالانقطاع ، وقال الطحاوي : وقيس بن سعد لا نعلمه إلا بحديث عمرو بن دينار .

الوجه الثاني : أن هذا على صحته لا يفيد العموم . قال الإمام فخر الدين -رحمه الله- : قول الصحابي : نهى رسول الله ﷺ عن كذا ، وقضى بكذا لا يفيد العموم، لأن الحجة في المحكي عنه لا في الحكاية ، والمحكي قد يكون خاصًا وأيضًا فالقضاء له . . قد وجد البياض في السختين . . . . ، أقر بها إلا في هذا الموضوع فعل الخصومات، وهذا مما يتعين به الخصومات ، إذ لا يتأتى فيه الحكم يعمل من شاهد النبي ﷺ إلى قيام الساعة ، بل إنما يقتضي شاهد خاص .

فإن قلت : روى سهل بن أبي حثمة -رحمه الله-في القسامة أن رسول الله ﷺ قال للأنصار: « **تبرئكم يهود بخمسين يمينًا** » فقالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ ، فقال رسول الله ﷺ : « **أتحلفون وتستحقون ؟** » .

فهذا رسول الله ﷺ جعل الأيمان على المدعين بعد أن جعلها على المدعى عليهم فعلم أن رد اليمين جائز ، والجواب : أنه لا دليل فيه لخصم ، لأنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك على سبيل الإنكار عليهم ، بدليل أن اليمين عند المخالف لا ترد على المدعي إلا بعد أن يمتنع المدعى عليه ، واليهود لم يمتنعوا من اليمين ، وإنما قالت الأنصار : لا نرضى بأيمانهم ، فدل على أن الكلام خرج على وجه الإنكار .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-م: (**ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق**)

---
(١) رواه مسلم [٣٦٠٨] .

وبينة الخارج أولى ، وقال الشافعي -رحمه الله -: ويقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد ، فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير. ولنا :أن بينة الخارج أكثر إثباتًا أو إظهاراً

ش: وأراد بالمطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب ، بأن يقول « هذا ملكي» ولم يقل ملكه بسبب الشراء والإرث ونحو ذلك ، لأن المطلق ما يتعرض الذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات ، فلذلك قيد به احترازاً عن الملك المقيد بدعوى النتاج ، وبسبب لا يتكرر ، وعن ماذا ادعيا الملك من واحد وأحدهما قابض ؟ ، وعن ماذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق؟ ، فإن هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع .

فإن قلت : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه؟ . **قلت** : نعم ، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج ، والقبض ، وسبق التاريخ ، فهو من تلك الجهة مدعى عليه ، والبينة للمدعي .

فإن قلت : فهل تجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه ، **قلت**: لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة ، وها هنا لم يعجز ، وإذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في ملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بهما ذو اليد مدعيًا .

م: (**وبينة الخارج أولى**) ش: إن أقاما بينة م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: يقضي ببينة ذي اليد**) ش: وبه قال مالك -رحمه الله- والقاضي منه من أصحاب أحمد -رحمه الله-، وقول أحمد -رحمه الله- كقولنا

: م: (**لاعتضادها باليد**) ش: أي لتقوية البينة باليد ، إذ اليد دليل الملك م: (**فيتقوى الظهور**) ش: لأن بينة الخارج أكثر إثباتًا م: (**وصار**) ش: أي وصار حكم ذي اليد بالقضاء بينة م: (**كالنكاح**) ش: بأن ادعى نكاح امرأة وهي في يد أحدهما يقضي لصاحب اليد بالإجماع م: (**والنتاج**) ش: بأن أقاما بينة على نتاج دابة وهي في يد أحدهما يقضي لصاحب اليد .

م: (**ودعوى الملك مع الإعتاق**) ش: بأن ادعى عبدًا في يد رجل وأقام بينة أنه عبده وأعتقه وأقام ذو اليد بينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أولى، م: (**والاستيلاء**) ش: بأن ادعى أنها أمته استولدها وهي في يد أحدهما فبينة ذي اليد أولى، م: (**والتدبير، ولنا :أن بينة الخارج أكثر إثباتًا**) ش: بأن ادعيا أنه عبده ومدبره فبينة ذي اليد أولى في كل وجه ، وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه ، بل من وجه ، لأن اليد دليل الملك ، ولهذا لو رأى عينًا في يد إنسان يتصرف فيها تصرف الملاك جاز لمن رأى أن يشهد بالملك له م: (**أو إظهاراً**) ش: يعني في الواقع ، فإن بينته تظهر ما كان ثابتًا في الواقع .

؛لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبته ببينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه ،وكذا على الإعتاق وأختيه ، وعلى الولاء الثابت بها .قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه ، وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي ، فإذا حلف يقضي به

م: (**لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبته ببينة ذي اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك**) ش: فبينته لا تثبت لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك وتظهره ، وما هو أكثر إثباتًا ، من البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه ، فإن قيل : بينة الخارج تزيل ما أثبته ذو اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ، ولا يلزم تحصيل الحاصل، أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى يزيل ما ثبت باليد ، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها ، فقبله يكون الملك ثابتًا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور ، فلا يكون بينة مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد .

م: (**بخلاف النتاج ، لأن اليد لا تدل عليه**) ش: فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة ، فكان كل واحد من البينتين للإثبات فترجح إحداهما باليد، م: (**وكذا على الإعتاق وأختيه**) ش: أي وكذا اليد لا تدل على أختي الإعتاق ، وهما التدبير والاستيلاد فتعارضه بينة الخارج ، وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد م: (**وعلى الولاء الثابت بها**) ش: أي بالإعتاق والاستيلاد والتدبير ومعناه : أن البينتين في الإعتاق وأختيه يدلان على الولاء ، إذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما ، وهما استويا في ذلك، وترجح صاحب اليد بحكم يده ، ثم يستوي الجواب بين أن يكون الخارج مسلمًا أو ذميًا ، أو عبدًا أو حرًا أو امرأة أو رجلاً ، والمدعى عليه كذلك والمدعي به كذلك أي مال كان .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول**) ش: أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول م: (**وألزمه ما ادعى عليه**) ش: أي ألزم القاضي المدعى عليه بما ادعى عليه المدعي ، وفي بعض النسخ : ولزمه، م: (**وقال الشافعي- رحمه الله - يقضي به**) ش: أي بالنكول م: (**بل ترد اليمين على المدعي ، فإذا حلف يقضي به**) ش: أي إذا حلف المدعي يقضي له بما يدعيه .

وفي «التفريع» للمالكية : وإذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت أن بينهما خلطة ، فإذا ثبت ذلك حلف المدعى عليه وبرئ ، فإن نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول ، وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه ، فإن لم يحلف لم يحكم له بشيء، انتهى.

وروي عن أحمد أنه قال : إذا نكل المدعى عليه حبسته أبدًا حتى يحلف فيبرأ ، أو يقر

لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه .ولنا: أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعًا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه . قال :وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثًا ، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه ، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء،

فيحكم عليه ، وبقولنا قال سفيان بن سعيد الثوري، م: (**لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة**) ش: أي عن اليمين الصادقة م: (**واشتباه الحال**) ش: يعني ويحتمل أن يكون الحال مشتبهة عليه ، لا يدري أصادق في الإنكار فيحلف ، أو كاذب فيمتنع، م: (**فلا ينتصب**) ش: أي يمين المدعي عليه م: (**حجة مع الاحتمال ، ويمين المدعي دليل الظهور**) ش: لما كانت يمين المدعي عليه ، وينكر له ، وبنكوله صار الظاهر شاهداً للمدعي ، فإذا كان كذلك م: (**فيصار إليه**) ش: أي إلى المدعي .

م: (**ولنا: أن النكول**) ش: أي نكول المدعى عليه م: (**دل على كونه باذلاً**) ش: أي كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة -رحمه الله-، م: (**أو مقراً**) ش: أي كان إقراراً كما هو مذهبهما م: (**إذ لولا ذلك**) ش: أي لولا أن اليمين بذل أو إقرار م: (**لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب**) ش: لأن اليمين واجبة عليه ، لقوله ﷺ « **واليمين على من أنكر** » وكلمة «على» للوجوب م: (**ودفعًا للضرر عن نفسه**) ش: وهو بذل المال م: (**فترجح هذا الجانب**) ش: أي جانب كون الناكل باذلاً ومقراً على الوجه المحتمل ، وهو كونه متورعًا ، أو نحو ذلك .

م: (**ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه**) ش: إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام : «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر** »، وفي «المبسوط» و«الأسرار» : مذهبنا مؤيد بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - على ذلك ، فإن قيل : كيف يكون إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - وقد روي عن علي - رضي الله عنه - أنه حلف المدعي بعد نكول المنكر ؟ .

قلت : وروي عن علي - رضي الله عنه - في المنكر طلب منه رد اليمين إلى المدعي فقال : ليس لك عليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدي علي - رضي الله عنه- ، فقال له علي : قالون، بلغة الروم ، أي : أصبت .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: (**وينبغي للقاضي أن يقول له**) ش: أي للمدعى عليه م: (**إني أعرض عليك اليمين ثلاثًا ، فإن حلفت وإلا فقضيت عليك بما ادعاه**) ش: أي المدعي م: (**وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء**) ش: أي الحكم بالنكول موضع الخفاء لأنه

قال: فإذا كرر العرض عليه ثلاث مـرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتـياط والمبالغـة في إبلاء العذر ، وأما المذهب إنه لو قـضى بالنكول بعد العرض مـرة جاز لما قدمناه هو الصحيح ، والأول أولى ، ثم النكول قد يكون حقـيقيًا كقوله - لا أحلف - وقد يكون حكميًا بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح .

مجتهد فيه ، ولعدم دلالة النص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه النكول .

م: (**قال: فإذا كـرر العرض عليه ثلاث مـرات قضى عليه بالنكول ، وهذا التكرار ذكـره الخصاف**) ش: لأن التكرار ليس بشرط على ما ذكره في الأصل ، بل إذا قضى بالنكول مر ة جاز ، وإنما ذكره الخصاف -رحمه الله-م: (**لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر**) ش: فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام م: (**وأما المذهب فإنه لـو قضى بالنكول بعد العرض مـرة جاز لما قدمناه**) ش: إشارة إلى ما ذكر إذ النكول دل على كونه باذلاً أو مقرًا ، كذا قاله الأترازي، والكاكي، والأكمل - رحمهم الله - .

وقال تاج الشريعة : قوله : م: (**لما قدمنا**) ش: يعني أنه لولا كونه كاذبًا لأقدم على اليمين إقامته للجواب م: (**هو الصـحيح**) ش: قال الأترازي -رحمه الله- : احتراز عن قـول الخصاف فـإنه يشترط التكرار ، وقال الأكمل : احتراز عما قيل - لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ وهذا هو الأوجه، م: (**والأول أولى**) ش: أي ما ذكره الخصاف أولى ، كما في الإمهال للمرتد ، فإن قتل بلا إمهال جاز.

وفي «الكافي» : والتـقـدير بالثـلاث في العـرض لازم في المروي عن أبي يوسف ومـحـمـد -رحمه الله-، وبه قال أحمد والجمهور - رحم الله الجميع - على أنه للاحتياط ، وبه قـال مالك والشافعي -رحمه الله-، م: (**ثم النكول قد يكون حـقيقيًـا كقوله: لا أحلف ، وقد يكون حكمـيًا بأن يسكت وحكمه**) ش: أي حكم السكوت م: (**حكم الأول**) ش: وبه قال الثلاثة م: (**إذا علم أنه لا آفة بـه من طـرش**) ش: بفـتح الراء من يطرش طرشًـا ، من باب علم ، أي صـار أطروشًـا ، وهو الأصم، والطرش أهون من الصمم م: (**أو خرس**) ش: بفتح الراء ، وهو آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً م: (**هو الصحيح**) ش: أشار به إلى اختلاف الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل - لا أحلف .

فقال بعض أصحابنا : إذا سكت المدعى عليه سأل القاضي : هل به خرس أو طرش ؟فإذا قـالوا : لا ، جـعله ناكـلاً ، وقـضى عليـه، ومنهـم من قـال : يحبس حتى يجيب ، والأول هو الصحيح ، كذا في «شرح الأقطع» ، وفي «الفصول » : لو كان استحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه ، لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة ، واليمين عند القاضي قاطعة لها .

ولو قال المدعي : إن حلف المدعى عليه فأنا بريء ، أو قـال : فدعواه باطلة لا تبطل دعواه ،

قال : وإذا كانت الدعوى نكاحًا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة - رحمه الله -، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان،

حتى لو أقام بينة بعد يمين الخصم تقبل بينته ، وفي «المبسوط» : بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم ، ولسنا نأخذ بذلك ، وإنما نأخذ فيه بقول عمر- رضي الله عنه - ، فإنه جوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه، وبه قالت الثلاثة .

وفي «النوازل» : لو ادعى دواعي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء لمكي جمعها في يمين واحدة ، وفي «التتمة» : لو ادعى دينًا في التركة وصلت في يد هذا يحلف بالله وحده ، بالله ما وصل إليه شيء من التركة ولا يعلم أن له دينًا على أبيه ، وقيل : يحلف يمينين على الوصول على البتات ، وعلى الدين على العلم ، وبه قال عامة المشايخ ، وأجمعوا : أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه ، وإن لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإن كانت الدعوى نكاحًا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة وبالعكس ، فلا استحلاف فيه عنده .

م: (**ولا يستحلف عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله-م: (**في النكاح**) ش: سواء كان الرجل مدعيًا أو المرأة،م: (**والرجعة**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا في الرجعة ،بأن ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه كان راجعًا في العدة ، وهي تجحد أو ادعت هي كذلك وهو يجحد ،م: (**والفيء في الإيلاء**) ش: أي ولا يستحلف في الفيء في الإيلاء أيضًا ، بأن ادعى بعد مضي هذه الإيلاء أنه فاء إليها في المدة وهي تجحد ، أو ادعت المرأة كذلك وهو يجحد م: (**والرق**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا في الرق بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده أو ادعى مجهول النسب، م: (**والاستيلاء**) ش: بأن ادعت الأمة على مولاها أنها ولدت منه وأنكر المولى ، ولا يتصور العكس من قبله عليها ، لأن الاستيلاد يثبت بإقراره .

م: (**والنسب**) ش: أي ولا يستحلف في الولاء أيضًا بأن ادعى على معروف النسب أنه معتقه أو بالعكس م: (**والولاء**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا في النسب ، بأن ادعى الوالد على الولد وأنكر الآخر م: (**والحدود واللعان**) ش: أي ولا يستحلف أيضًا فيهما .

أما الدعوى في الحد بأن قال رجل لآخر : لي عليك حد قذف وهو ينكر لا يستحلف بالإجماع، لأنه يندرأ بالشبهات ، إلا إذا تضمن حقًا بأن علق عتق عبد بالزنا، وقال : إن زنيت فأنت حر ، وادعى العبد : أنّي زنيت ، ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان . وصورة الاستيلاد: أن تقول الجارية: أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى؛ لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ، ولا يلتفت إلى إنكارها ، لهما أن النكول إقرار ، لأنه يدل على كونه كاذبًا في الإنكار على ما قدمناه إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب ، فكان إقرارًا أو بدلاً عنه .

دون الزنا ، كذا ذكره الصدر الشهيد في « أدب القاضي » .

وقال القدوري -رحمه الله-في «شرح كتاب الاستحلاف » : وقد قالوا إنه يستحلف في التعزير لأنه في حكم الأموال ، وهذا يصح فيه العفو والإبراء ، وقال القدوري فيه أيضًا : قال أبو حنيفة -رحمه الله- : وإذا تعلق بهذه الأشياء استحقاق مال استحلف القاضي في المال وإن كان لا يستحلف في سببه كالمرأة إذا ادعت النكاح والمهر ، والرجل إذا ادعى النسب والنفقة .

أما الدعوى في اللعن بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفًا يوجب اللعان وأنكر الزوج لا يستحلف بالإجماع ، فإنه في معنى الحد .

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - :يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان**) ش: فلا يستحلف فيهما بالإجماع كما ذكرنا ، وبقولهما قال الشافعي -رحمه الله- ،لكن عنده: يجري في حد القذف والقصاص ، ولا يجري في الحدود الخالصة .

وقال مالك وأحمد - رحمهما الله -: لا يجري التحالف إلا فيما لا يثبت إلا بشاهدين ، وعن أحمد -رحمه الله-في رواية : يجري في القصاص وحد القذف والطلاق ، والعتاق م: (**وصورة الاستيلاد :أن تقول الجارية :أنا أم ولد مولاي وهذا ابني منه ، وأنكر المولى؛ لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ، ولا يلتفت إلى إنكارها**) ش: ، وإنما ذكر صورة الاستيلاد فقط لأن في الباقي من صورة التنازع فيه الدعوى في الجانبين سوى هذه الصورة ، وقد مر الكلام فيه م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبًا في الإنكار**) ش: السابق م: (**على ما قدمناه**) ش: يعني قوله : (**إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب**) ودفعًا للضرر عن نفسه .

م: (**فكان**) ش: أي النكول م: (**إقرارًا أو بدلاً**) ش: بفتح الدال المهملة ، أي خلفًا م: (**عنه**) ش: أي عن الإقرار ، وهذا في الحقيقة جواب عن شبه ، ترد على كون النكول إقرار عندهما . أحدها : ما لو اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الثاني ، ثم وجد به عيبًا فخاصمه في النصف الأول فنكل ، ولو كان النكول إقرارًا لزمه النصف بنكوله في المرة الأولى ، كما لو أقر في تلك المرة ، وأجيب : بأن النكول ليس بإقرار في نفسه ، ولكن يجعل مقام الإقرار خلفًا عنه لقطع

والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرئ بالشبهات ، واللعان في معنى الحد، ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أنه بذل لأن معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذبًا في الإنكار، والبذل لا يجري في هذه الأشياء ،

الخصومة ، فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة إلى دفع الخصومة ، فكان كالإقرار في المرة الأولى لا في الثانية .

الشبهة الثانية : الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل فإنه يلزم الموكل، ولو جعل إقراراً للزم الوكيل كما في الإقرار به ، وأجيب: بأنه وإن كان الإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع ، بحيث لا اختيار أمر الموكل أدخله فعليه خلاصه ، أما إذا أقر فهو شيء لزمه باختيار الإقرار، فإنه كان ينقضي عن عهدة الدعوى بالسكوت أو النكول فيلزمه الضمان ، ولا يرجع به على الموكل .

الشبهة الثالثة: هي ما إذا كفل بما وجب على فلان ، فادعى المكفول له مالاً على فلان فنكل فلان لا تقضى بالمال على الكفيل ، ولو كان المنكول إقراراً لقضي به على الكفيل كما لو أقر ، وأجيب: أن أبا يوسف ومحمداً - رحمهما الله - يقولان : إن النكول يدل على الإقرار في قطع الخصومة ، لأنه يكون إقرار حقيقة ، ولهذا لا يثبت المدعي بنفس النكول بخلاف الإقرار ، كذا في «المبسوط» وغيره .

وذكر الأكمل هذه الشبهة بقوله« وعليه تفرض إجمالية »م: (**والإقرار يجري في هذه الأشياء**) ش: المذكورة م: (**لكنه إقرار فيه شبهة**) ش: هذا جواب من يقول « لو كان النكول إقراراً ينبغي أن يجب الحد »، فأجاب بقوله: فإنه إقرار فيه شبهة، م: (**والحدود تندرئ بالشبهات ، واللعان في معنى الحد**) ش: لأنه قائم مقام القذف في حق الزوج ، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة ، وقد مر ذلك في اللعان .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى -: أنه**) ش: أي أن النكول م: (**بذل**) ش: وإباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة ، فلا يقضى فيها بالنكول ، كالقصاص في النفس وعليها الأموال م: (**لأن معه**) ش: أي مع البذل م: (**لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود**) ش: ولا تبقى لليمين فائدة ، وتحقيق الكلام ها هنا : أن النكول وإن كان بدلاً لكنه يحتمل أن يكون كذباً م: (**وإنزاله باذلاً أولى**) ش: حملاً لحاله على الصلاح م: (**كي لا يصير كاذبًا في الإنكار**) ش: السابق لأنه كان أنكر أولاً فلا يظن بينكم الكذب فجعل بذلاً .

م: (**والبذل لا يجري في هذه الأشياء**) ش: أي الأشياء المذكورة التي لا يستحلف فيها ، فإذا كان كذلك لا يقضي فيها بالنكول ، فإنه إذا قال مثلاً: أنا حر وهذا الرجل يؤويني فدفعت إليه نفسي أن يسترقني ، أو قال: أنا ابن فلان ، ولكن أحب أن يدعي نسبي، أو قالت : أنا لست

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف ، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب ، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ، وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو ما يقبضه حقًا لنفسه ، والبذل معناه ههنا ترك المنع ، وأمر المال هين . قال: ويستحلف السارق ، فإن نكل ضمن ولم يقطع

بامرأته ، لكن دفعت إليه نفسي وأبحت له الإمساك لا يصح ، م: (**وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول**) ش: يعني أن البذل فيها لا يجري وفات فائدة الاستحلاف ، لأن فائدة القضاء بالنكول ، والنكول بذل والبذل فيها لا يجري .

م: (**فلا يستحلف**) ش: فيها لعدم الفائدة م: (**إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال : إن النكول لو كان بدلاً ينبغي أن لا يملكه المكاتب والمأذون لأنهما لا يملكون البذل ، فأجاب بقوله : م: (**فيملكه المكاتب والعبد المأذون**) ش: له يحتمل م: (**بمنزلة الضيافة اليسيرة**) ش: وتقدير الجواب : أنهما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي ، وإن كان لا يملك أنه بانفراده كالضيافة منهما لأنها من توابع التجارة، م: (**وصحته في الدين**) ش: أي صحة القضاء بالنكول م: (**بناء على زعم المدعي**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره بأن يقال : لو كان النكول بدلاً لم يصح القضاء بالنكول في الدين ، لأن البذل لا يتحقق فيه ، لأن الدين وصف ثابت في الذمة ، والبذل لا يجري فيه .

وتقرير الجواب : أن صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي م: (**وهو ما يقبضه حقًا لنفسه**) ش: تقرير هذا : أن البذل لم يصح في الدين فيما يكون من جهة القابض ، ومن جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع لأنه يقبضه حقًا لنفسه بناءًا على زعمه وإن كان الثاني وهو قوله : م: (**والبذل معناه ههنا**) ش: أي في الدين م: (**ترك المنع**) ش: وجاز له أن يترك المنع م: (**وأمر المال هين**) ش: جواب عما يقال : فهلا جعل أيضًا في الأشياء ، والسبعة المذكورة تركًا للمنع ،فأجاب : بأن أمر المال هين أي سهل، لأنه خلق في الأصل مباحًا مبذلاً لمصالح الناس ، ولم يصح في الأشياء السبعة ، لأن أمرها ليس بهين .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله-في «الجامع الصغير» : م: (**ويستحلف السارق**) ش: يعني إذا كان مراد المسروق منه المال يستحلف بالله ما له عليك هذا المال ، لأنه يثبت بالشبهات، فجاز أن يثبت بالنكول .

م: (**فإن نكل ضمن ولم يقطع**) ش: ولاخلاف فيه ، وقال القدوري - رحمه الله - في «شرح كتاب الاستحلاف» : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يستحلف شيء من الحدود، لا في الزنا ، ولافي السرقة ولا في القذف ، ولا شرب الخمر ، ولا السكر ، إلا أنه طالب المسروق منه

لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه المنكول ، والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان. قال : وإذا ادعت المرأة طلاقًا قبل الدخول ، استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعًا ، لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لاسيما إذا كان المقصود وهو المال ، وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا في النسب ، إذا ادعى حقًا كالإرث ، والحجر في اللقيط

ضمان المال ، استحلف ، فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطع ، ه م: (**لأن المنوط بفعله**) ش: أي لأن المتعلق بفعل السارق م: (**شيئان**) ش: أحدهما : م: (**الضمان**) ش: أي ضمان المال م: (**ويعمل فيه المنكول**) ش: يعني يثبت بالنكول لأنه يجري فيه البذل ، ويثبت بها فيه شبهة ، م: (**والقطع**) ش: والثاني : القطع .

م: (**ولا يثبت به**) ش: أي ولا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجري البذل بالنكول ، لأنه لا يجري البذل في الحدود ، ولا يثبت بما فيه شبهة الإقرارم: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كما إذا شهد عليه**) ش: أي على السرقة م: (**رجل وامرأتان**) ش: حيث يثبت المال فلا يثبت القطع .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا ادعت امرأة طلاقًا قبل الدخول**) ش: وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل طلاق الدخول حتى يعلمهم أن الدعوى في كل المهر أو نصفه سواء كان دعوى المهر في ضمن أو بدونه هذا ، قاله الكاكي - رحمه الله - .

وقال الأكمل : فيه نظر ، لأن الطلاق يغني عن ذلك ، وليس فيه توهم التقيد بذلك م: (**استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعًا ؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لا سيما إذا كان المقصود هوالمال ، وكذا في النكاح**) ش: أي وكذا يجري الاستحلاف إذا كان دعوى المال في النكاح ، وهو معنى قوله م: (**إذا ادعت هي الصداق ، لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح**) ش: في النكاح .

فإن قلت : وجب أن يثبت النكاح أيضًا لأنه يثبت بالشبهات؟ .

قلت : البذل لا يجري فيه كما ذكرنا .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يستحلف م: (**في النسب إذا ادعى حقًا كالإرث**) ش: بأن ادعى رجل على رجل آخر أنه أخ المدعي عليه ، مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه ، أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة فإنه يستحلف على النسب ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب م: (**والحجر في اللقيط**) ش: أي وكذا إذا ادعى الحجر في اللقيط إن كان صبي لا يعبر عن نفسه في يده ملتقط ، فادعت إخوته إمرأة تريد قصر يد

والنفقة ، وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق ، وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما ، إذا كان يثبت بإقراره ، كالأب والابن في حق الرجل ، والأب في حق المرأة ؛ لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما.

للمتقط لحق حضانتها ، وأرادت استحلافه فنكل ، ثبت لها الحجر دون النسب .

م: (**والنفقة**) ش: بأن ادعى النفقة بسبب الإخوة وهو زمن ، فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع ، فإن حلف برئ وإن نكل يقضي بالبينة بالنفقة ، ولا يقضى بالنسب م: (**وامتناع الرجوع في الهبة**) ش: ، أي وكذا يستحلف في إمتناع الرجوع في الهبة ، صورته أن الواهب أراد الرجوع فقال الموهب له : أنا أخوك فلا رجوع لك ، فالواهب يستحلف ، فإن نكل ثبت الامتناع من الرجوع ولا يثبت النسب .

م: (**لأن المقصود هذه الحقوق**) ش: هذا دليل «المجموع »، أي لأن المقصود في الصور المذكورة إثبات المال ، فعند النكول يثبت المال ولا يثبت النسب ، لأن فيه تحميل له على الغير ، وهو لا يجوز ،م: (**وإنما يستحلف في النسب المجرد**) ش: قيد به إحترازاً عما هو مقرون بدعوى المال ، فإنه يثبت المال ولا يثبت النسب م: (**عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - ،م: (**إذا كان يثبت بإقراره**) ش: المدعى عليه ، فإن النكول عندهما إقرار .

بيان ذلك في قوله : م: (**كالأب والابن في حق الرجل**) ش: فإن إقراره يصح بالأب والابن م: (**والأب في حق المرأة**) ش: كما إذا ادعت انه أبوها م: (**لأن في دعواها الابن**) ش: أي في إقرارها به م: (**تحميل النسب على الغير**) ش: فلا يجوز ، حاصله : أنه يصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين ، والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما قلنا .

وإقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين ، والولد ، والزوجة والمولى ، لأنه أقر بما يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير ، ولا يصح إقراره بما سواهم م: (**والمولى والزوج في حقهما**) ش: أي في حق الرجل والمرأة ، وهو متعلق بقوله : والمولى والزوج جميعًا ، لأن إقرار الرجل والمرأة جميعًا بالمولى والزوج يصح .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في «مبسوطه» : الأصل في هذا الباب أن المدعى عليه النسب إذا أنكر هل يستحلف ، إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه فاستحلف عندهم جميعًا ، لأن اليمين لا تفيد ، فإن فائدة اليمين النكول ، حتى يجعل النكول بدلاً وإقرارًا فيقضى عليه لو أقرفإنه لا يستحلف عندهم جميعًا إن كان المدعى عليه حيث لو أقر به لزمه ما أقر به ، وإذا أنكر هل يستحلف على ذلك ؟ ، فالمسألة على الاختلاف، عند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يستحلف، وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - : يستحلف، فإن حلف

قال : ومن ادعى قصاصًا على غيره فجحده استحلف بالإجماع ، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله-، وقالا: لزمه الأرش فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما ، فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصًا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس، فإنه لو قال : أقطع يدى ، فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل ، إلا أنه لا يباح

برئ عن الدعوى وإن نكل عن اليمن لزمته الدعوى ، فعلى هذا الأصل يخرج مسائل الباب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م: (**ومن ادعى قصاصًا على غيره فجحده استحلف بالإجماع**) ش: ولا خلاف فيه م: (**ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص**) ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وبه قال القاضي ومالك - رحمهما الله - بعد حلف المدعي ، وأحمد - رحمه الله - في رواية ،م: (**وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: أي الذي ذكر من النكول فيما دون النفس ، والنكول في النفس .

م: (**وقالا:**) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**لزمه الأرش فيهما**) ش: أي يلزمه المال في النفس والطرف جميعًا ، وهذا الاختلاف فرع اختلافهم في معنى النكول ، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : هو في معنى البذل ، وعندهما في مضى إقرار فيه شبهة ، لأنه لم يصرح بالإقرار، وهومعنى قوله : م: (**لأن النكول إقرار فيه شبهة**) ش: أي شبهة البدلية ، أو شبهة الإقرار ، لأن النكول إقرار فيه شبهة الإنكار م: (**عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصًا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه**) ش: قيد به لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ، ولا المال أيضًا ، كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا أو امرأتين أو الشهادة على الشهادة ، حيث لا يقضى بشيء ، فامتنع القصاص ، قوله فلا يجب المال ونظائره بقوله : م: (**كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد**) ش: يجب المال وبعكسه لا يجب .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله -:أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال**) ش: لأنها خلقت وقاية النفس ، كالأموال فإذا كانت كذلك فيجب ، أي فيه البذل ، كما في الأموال م: (**بخلاف الأنفس**) ش: حيث لا يجري البذل فيها، وأوضح ذلك بقوله م: (**فإنه لو قال**) ش: أي فإن أحداً لو قال لآخر : م: (**اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان ، وهذا**) ش: أي عدم الضمان م: (**إعمال للبذل**) ش: وهو بذل مقيد لكونه دافعًا للخصومة م: (**إلا أنه لا يباح**) ش: جواب إشكال ، وهو أن يقال لو كانت الإطراف الأموال ، ينبغي أن يباع القطع بالبذل ، كما يباح المال بالبذل ،

لعدم الفائدة ، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة ، فصار كقطع اليد للآكله وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس ، واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة . قال : وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة قيل لخصمه :أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام ، كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا ، وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا ؛ لأن فيه نظراً للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه

فأجاب : بأنه لا يباع القطع م: **(لعدم الفائدة)** ش: أي كما إذا قال له الغير ، احرق ثوبي ، أو أتلف مالي لا يباح لعدم الفائدة .

م: **(وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة)** ش: أي بهذا البذل م: **(فصار مقطع اليد للآكلة)** ش: على وزن الفاعلة ، وهي قرحة غائرة في البدن ينحر العفن ، وسببها دم فاسد عفن يستحيل إلى السواد ، وأول علاجها استنزاع الخط السوداوي، م: **(وقلع السن للوجع)** ش: عطف على قوله : «تقطع اليد للآكلة» فإن القطع ها هنا مفيد ، فلو قطعه لا يجب عليه شيء بخلاف القطع السرقة ، فإن القطع فيها خالص حق الله تعالي ، فلا يثبت حق الشبهة .

م: **(وإذا امتنع القصاص في النفس)** ش: لكونه حق الله تعالى خالصًا ، ولا يجري البذل في حقوقه م: **(واليمين حق مستحق عليه يحبس به)** ش: أي بحق اليمين ، قاله الكاكي ، وقال الأترازي : -رحمه الله- : بالحق المستحق م: **(كما في القسامة)** ش: ، فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحسبون حتى يقروا أو يحلفوا .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة ، قيل لخصمه: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه)** ش: أي حق المدعى ، وقد اختلف السلف في أخذ الكفيل .

وروي قتادة والشعبي : أنه لا يجوز ، وروي عن إبرهيم النخعي : أنه يجوز م: **(والكفالة بالنفس جائزة عندنا)** ش: وهذا استحسان كما يجيء وبه أخذ علماؤنا ، والقياس : أنه لا يجوز كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- ، لأنه مجرد الدعوى ليس سبب الاستحقاق م: **(وقد مر من قبل)** ش: أي في أول كتاب الكفالة ، وعند الشافعي-رحمه الله- : لا تجوز الكفالة بالنفس م: **(وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا)** ش: قيد به ، لأن في القياس أن لا يؤخذ كفيل قبل إقامة البينة ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- .

م: **(لأن فيه)** ش: أى في أخذ الكفيل م: **(نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور مستحق)** ش: أي على المدعي م: **(عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه)** ش: بلفظ المجهول

ويحال بينه وبين أشغاله ، فصح التكفيل بإحضاره ، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة -رحمه الله - وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه ، والحقير من المال والخطير ، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب

في الإعداد ، يقال : استعدي فلان الأمير علي في ظلمه ، أن استعان به ، فأعداه الأمير أن أعانه عليه ونصره .

وفي «المبسوط» : الأشخاص إلي بابه يثبت بمجرد الدعوى لما فيه من النظر له ، وليس في التكفيل كثير ضرر بالمدعي عليه ، لأنه إن لم يكن من فعل الاختفاء لا يتضرر به ، وإن كان من قصد الاختفاء يكون ظالمًا فلا ينظر له .

م: **(ويحال)** ش: على صيغة المجهول بالنصب ، عطفًا على قوله : حتى يعدى عليه ، وهي من الحيلولة م: **(بينه)** ش: أي بين المدعي عليه م: **(وبين أشغاله ، فصح التكفيل بإجضاره)** ش: وفي بعض النسخ : فتصح التكفيل م: **(والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة -رحمه الله- وهو الصحيح)** ش: واحترز به عما روى عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس م: **(ولا فرق في الظاهر)** ش: أي في ظاهر الرواية م: **(بين الخامل)** ش: بالخاء المعجمة . من خمل الرجل خمولاً إذا كان ساقط القدر م: **(والوجيه)** ش: وهو الذي له وجاهته وقدره بين الناس .

وروى عن محمد -رحمه الله- : إذا كان الرجل معروفًا ، الظاهر من حاله أنه لا يخفى شخصه بذلك القدر من المال فإنه لا يجبر على إعطاء الكفيل ، ولكنه أعطى بنفسه كفيلاً مختاراً يؤخذ منه ، وإن لم يعطه لا يجبره القاضي على ذلك، م: **(والخطير من المال)** ش: أي ولا فرق أيضًا بين الخطير وهو الذي له كثرة، م: **(والحقير)** ش: أى بين الحقير الذي ليس له قدر في الاتصاف بالمالية .

وعن محمد -رحمه الله- : إذا كان المال حقيرًا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر ولكنه إن أعطى من غير جبر يقبل وإلا فلا ، ولو ادعى أنه معسر فإن القاضي يحكم فيه الزي إلا إذا كان المرء من العلماء أو من المعادية لأنهم يتكلفون في لبساهم مع فقرهم ، فأما في حق الغير بحكم الزي ، وإن كان زي الفقر كان القول قوله : وإن كان عليه زي الأغنياء لا يكون القول قوله ، وتحكيم الثياب والزي جائز ، قال الله تعالى : ﴿ **إن كان قميصه قد من قبل ......** ﴾ الآيتين(يوسف : الآيتين ٢٦ ، ٢٧) ، فعلم أن تحكيم العلامة جائز .

م: **(ثم لا بد من قوله: لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعى لا بينة ليأ أو شهودي غيب)** ش: أي لو قال : شهودي غيب ، بفتحتين على التخفيف، وهو جمع غائبة ، مثل

لا يكفل لعدم الفائدة . قال: فإن فعل وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه ،إلا أن يكون غريبًا فيلازم مقدار مجلس القاضي ، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف إليهما ،

خدم وخادم ، ويجوز غيب بضم الغين وتشديد الباب ، وهو أيضًا جمع غائب على القياس م: (**لا يكفل لعدم الفائدة**) ش: لأن الفائدة هي الخصومة عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال ، كالغائب والهالك من وجه ، إذا ليس كل غائب يؤوب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن فعل**) ش: أي فإن أعطى الكفيل م: (**وإلا أمر**) ش: أي وإن لم يعط م: (**بملازمته**) ش: أي سار معه حيث سار م: (**كيلا يذهب حقه**) ش: أي حق المدعي .

م: (**إلا أن يكون غريبًا**) ش: إلا أن يكون المدعى عليه غريبًا حال كونه على الطريق ، أي مسافرًا فإذا كان كذلك م: (**فيلازم مقدار مجلس القاضي**) ش: ، لأن هذا القدر لا يقطعه عن المرفقة ويحصل النظر للمدعى .

فأما في إمساكه على باب القاضي يومًا أو أكثر ليحضر المدعى بينة ضرر على المطلوب ، فإذا جاء أو أن قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فإن القاضي يحلفه ويخلي سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء .

فإن اختلف المطالب والمطلوب وقال المطلوب : أنا مسافر وقال المطالب : إنه لا يريد السفر ففيه أقوال .

قال بعضهم : القول قول المدعي لأنه يتمسك بالأصل ، وهو الإقامة والسفر عارض ، وقال بعضهم : فالقاضي يسأله مع من يريد السفر ، فإن أخبره مع فلان فالقاضي يبعث إليه من يسأله ، هل أستعد للخروج معكم ، فإن قالوا : نعم ، يقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس ، فإن أحضر المدعى بينة في هذه المدة وإلا خلي سبيل المطلوب، وإن لم يعلم من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد ، فقلنا بأنه يجبره على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام .

م: (**وكذا لا يكفل إلى آخر المجلس**) ش: أي إلى آخر مجلس القاضي م: (**فالاستثناء**) ش: أى الاستثناء المذكورة بقوله-إلا أن يكون غريبًا-م: (**منصرف إليهما**) ش: أي إلى الملازمة والتكفيل، وهذا التقدير إنما يحتاج إليه على رواية القدوري -رحمه الله - لأنه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في تقدير الملازمة ومدتها ، ولا الكفيل ومدته .

فإن فعل والأمر بملازمته إلا أن يكون غريبًا على الطريق ، وأما ها هنا قد ذكر الملازمة مدتها ومدة التكفيل ، فلا يحتاج إلى قوله«والاستثناء منصرف» لأنه ذكر محمد -رحمه الله- مدة كل

لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به بمنعه عن السفر ، ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً ، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

واحد باستثناء واحد .

م: (**لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك**) ش: أي على مقدار مجلس القاضي م: (**إضراراً به**) ش: أى بالغريب الذي على الطريق م: (**بمنعه عن السفر**) ش: أى لمنع الكفيل إياه عن السفر والذهاب إلى منزله ، فيؤدى إلى إلحاق الضرر به . وإن كان المدعي يتضرر بذلك لأن ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ، وربما يكون صادقًا في الدعوى أو كاذبًا والموهوم لا يعارض المحقق، م: (**ولا ضرر في هذا المقدار**) ش: أي في مقدار مجلس القاضي م: (**ظاهراً**) ش: أى حيث الظاهر ، لأنه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة .

م: (**وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى**) ش: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ، ويبعث أمينًا حتى يدور معه أينما دار ، لكن لا يحبسه في موضع لأن ذلك حبس ، وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ، ولا يشغله عن التصرف بل يتصرف والمدعي يدور معه ولا يمنعه من الدخول إلى أهله .

لكن المطلوب يجلس على باب داره ، وفي «الفتاوي الصغرى» : المطلوب إذا أراد أي يدخل داره ، فأما أن يأذن للمدعى بالدخول معه أو يحبس معه على باب الدار، لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ربما يهرب من جانب آخر فيفوت المقصود من الملازمة .

* * *

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال : واليمين بالله عز وجل دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر » ، وقال عليه السلام « من حلف بغير الله فقد أشرك » ، وقد يؤكد بذكر أوصافه وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل: والله الذي لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذاوله أن ينقص إلا أنه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق عليه يمين واحدة ،

م: (فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

ش: أي هذا فصل في بيان كيفية اليمين ، وكيفية الشيء صفته ولا ذكر نفس اليمين في أي موضع يكون وفي أي موضع لا يكون .

شرع في بيان كيفيتها لأن الصفة تتبع الموصوف م: (قال) ش: : أي القدوري -رحمه الله م: (**واليمين بالله عز وجل دون غيره**) ش: أى غير الله تعالى م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام :**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**من كان منكم حالفًا فيحلف بالله أو ليذر**) ش: تقدم هذا الحديث في الأيمان

م: (**وقال عليه الصلاة والسلام : «من حلف بغير الله فقد أشرك » ، وقد يؤكد**) ش: أي اليمين م: (**بذكر أوصافه**) ش: أي أوصاف الله تعالى ، هذا لفظ القدوري - رحمه الله - ، فقال المصنف -رحمه الله- : م: (**وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل :والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه، وهو كذا وكذا ولا شيء منه**) ش:

وإنما ذكر : ولا شيء منه ، لجواز أنه قد أدى البعض ، ويذكر صفاته بدون حرفا العطف ، حتى لو قال : «والله» «والرحمن الرحيم» ، يكون أيمانًا .

م: (**وله أن يزيد في التغليظ على هذا**) ش: أي وللقاضي أو المحلف من جهد الزيادة في تغليظ الزيادة على هذا المذكور م: (**وله أن ينقص منه**) ش: أي عن المذكور ، وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ ، ومنهم من يتجاسر ولا يبالي م: (**إلا أنه يحتاط**) ش: ، والمراد من الاحتياط ما ذكرنا من أنه بذكر الأسماء والصفات بدون حرف العطف .

م: (**كيلا يتكرر عليه اليمين**) ش: لأنه ذكر الواو صارت أيمانًا كما ذكرنا ، م: (**لأن المستحق عليه يمين واحدة**) ش: فلا يزاد عليها .

والقاضي بالخيـار إن شاء غلظ، وإن شاء لم يغلظ فيقـول: قل بالله أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعـروف بالصلاح ويغلظ على غـيره ،وقـيل: يغلظ في الخطيـر من المال دون الحقيـر قـال : ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا ، وقـيل: في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبـالاة باليمين بالله وكثـرة الامتناع بسب الحلف بالطلاق قـال :ويستحلف اليـهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والـنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام ، لقوله صلى الله عليه وسـلم لابن صوريا الأعور :« انشدك بالله الذي أنزل التوارة على موسى إن حكم الزنا في كتابكم هذا »

م: (والقـاضي بالخيـار إن شاء غلظ ،وإن شـاء لم يغلظ فيـقول : قل بالله ، أو: والله ، وقـيل : لا يغلظ على المعروف) ش: أي الرجل المعروف م: (بالصلاح ويغلظ على غيره) ش: أي غير المعروف بالصلاح م: (وقيل : يغلظ في الخطبر من المال دون الحقير) ش: والمال الخطير هو المال العظيم ، وفي الإقرار إذا قال لفلان عليّ مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق) ش: وفي «الفتاوى الصغرى» : التحليف بالطلاق والعتاق لم يجوزه أكثر أصحابنا ، وأجازه البعض، وبه أفتى الإمام أبو علي بن الفضل بسمرقند .

ويفتي : أنه لا يجوز وإن مست الضرورة يجوز، فإذا بلغ المستفتي في الفتوى يفتي : أن الرأي إلى القاضي اتباعًا لهؤلاء السلف، وفي «خلاصة الفتاوي» : فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه ، وفي «الأصل» : لا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج م: (لما روينا) ش: ، أراد به الحديث المذكور .

م: (وقيل: في زماننا إذا ألح الخصم) ش: بأن كان لحوحًا متفتًا لا يبالي باليمين بالله فحينئذ م: (ساغ للقاضي أن يحلف) ش: من التحليف م: (بذلك) ش: أي بالطلاق وبالعتاق .

م: (لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى ، وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) ش: وفي «الفصول» للأستروشني : لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي، وفي «المبسوط» : لأن الاستحلاف يغني عن الخصومة ، ولا خصم ولا شاهد ، وفي «الفصول» : ولو قال المنكر الشاهد كاذب وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلفه .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني) ش: أي يحلف النصراني م: (بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله ﷺ) ش: أي لقـول النبي ﷺ م: (لابن صوريا الأعـور : أنشدك بالله الـذي أنزل التوراة على موسى ﷺ : إن حكم الزنا في كتابكم هذا ») ش: هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود عن عبد

ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى، والنصراني بنبوة عيسى عليه السلام. فيغلط على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد -رحمه الله - في الأصل.

الله بن مرة ، عن البراء بن عازب -رضي الله تعالى عنه - قال : مر على النبي ﷺ يهودي محمم، فدعاهم، فقال : «**هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم؟**» فقالوا : نعم ، فدعا رجلاً فقال له : «**أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام : هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم ؟**» فقال : اللهم لا ، فلولا أنك نشدتني بهذا لم أحدثك بحد الزنا في كتابنا الرجم ، ولكنه كثر في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإن أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا : تعالى ، فيمتنع على شيء الشريف والضعيف فاجتمعنا على التحميم والرجم ، وتركنا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ :

« **اللهم إني أول من أمضى أمرك أفأماتوه ، فأمر به فرجم**» .قاله الشارح ، وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا ، وكان أعلم من بقي منهم بالتوراة ، وقد صرح باسمه في «سنن أبي داود » .

وعن سعد عن قتادة ، عن عكرمة -رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال له : يعني لابن صوريا . . . الحديث ، وهذا مرسل .

وقال الأترازي -رحمه الله- : روي في «السنن» مسنداً إلى البراء بن عازب ، ثم ذكر الحديث ، وليس كذلك ، بل الحديث في «صحيح مسلم» كما ذكرناه ، وإذا أراد «بالسنن »سنن أبي داود فليس بصحيح ، لأنه في «سنن أبي داود» معلقًا ، إن أراد غيره فما روي إلا عن جابر -رضي الله عنه- ، وأبي هريرة -رضي الله عنه - .

وصوريا بضم الصاد المهملة ، وكسر الراء بالقصر ، وهو اسم أعجمي ، وهو ولد عبد الله كما ذكرنا ، قوله أنشدك من نشد ينشد ، من باب نصر ، وفي «المغرب» : نشد الضالة طلبها ، ومنه قولهم في الاستعطاف : نشدك وناشدتك الله وبالله ، أي سألتك بالله وطلبت إليك بحقه .

م: (**ولأن اليهودي يعتقد بنبوة موسى، والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام**) ش: أي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام م: (**فيغلظ على كل واحد منهما**) ش: أي من اليهود والنصاري م: (**بذكر المنزل**) ش: بفتح الزاء م: (**على نبيه ، ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار**) ش: لأنه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة ، فيحصل المقصود .

م: (**وهكذا ذكر محمد في الأصل**) ش: أي في «المبسوط» ، وكأنه وقع عند محمد -رحمه الله - : أن المجوس من يعظمون النار تعظيم العباد ، فالمقصود من اليمين ، وهي المنكول ، قال : يذكر في اليمين ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، وهو اختيار بعض مشايخنا -رحمهم

ويروى عن أبي حنيفة -رحمه الله - في النوادر لأنه لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصًا ، وذكر الخصاف -رحمه الله-: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله ، تعالى وهو إخبار بعض مشايخنا -رحمهم الله -؛لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين ، لأن كتب الله معظمة والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ﴾ (لقمان :الآية ٢٥) ،

الله -

م: (**ويروى عن أبي حنيفة -رحمه الله - في « النوادر» :لأنه**) ش: أي أن القاضي م: (**لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصًا**) ش: يعني لما يذكر غير اسم الله تعالى وصفاته ، لا في حق المسلمين ولا في حق الكفار .

م: (**وذكر الخصاف-رحمه الله-: أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله إتعالى، وهو إخبار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها**) ش: أي تعظيم النار ، م: (**وما ينبغي أن تعظم**) ش: أي النار م: (**بخلاف الكتابين**) ش: يعني التوراة والأنجيل.

م: (**لأن كتب الله تعالى معظمة**) ش: لأن الكتب الأربعة كلام الله عز وجل ، وتعظيمها واجب

م: (**والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون بالله تعالى ، قال الله تعالى : ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله﴾** (لفمان : ٢٥)

فإن قلت : لو كانوا يعتقدون بالله تعالى لم يعبدوا الأوثان والأصنام ؟ ، **قلت** : إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم ، ألا ترى إلى قوله تعالى : **﴿ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى زلفى ﴾** (الزمر : ٣) .

فإذا ثبت أنهم يعتقدون بالله تعالى يمتنعون عن الإقدام على اليمين الكاذبة بالله عز وجل ، فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول .

وفي «شرح الأقطع » : وأما الصابئة فإن كانوا يؤمنون بادريس عليه السلام، استحلفوا بالله الذي أنزل الصحف على إدريس ﷺ ، وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب ،

م: (**والوثني**) ش: نسبته إلى عبادة الوثن وهو ما له خبة من خشب أو حجر ، أو فضة ، أو جوهر ينحت ، والجمع أوثان ، وكانت العرب تنصبها وتعبدها ، والصبئة جنس من الكفار ،

قال: ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها ، بل هو ممنوع عن ذلك . قال : ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان

قاله الجوهري ، من صبا إذا خرج من دين إلى دين آخر .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: **(ولا يحلفون في بيوت عبادتهم ؛ لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك)** ش: أي عند الحضور في بيوت عبادتهم ، لأن في تعظيم ذلك المكان ، ففي أي مكان حلفهم جاز ، وفي «الأجناس» قال في المأخوذ للحسن :

وإن سئل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيته ، أو كنيته فيحلف هناك فلا بأس أن يحلفه إذا اتهمه ، وعند أبي خطاب الحنبلي -رحمه الله-: إن كان لهم مواضع يعظمونها ، ويتوفون أن يحلفوا كذباً حلفوا فيها ، وبه قال مالك -رحمه الله- في رواية .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: **(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان)** ش: أما التغليظ بالزمان ففي يوم الجمعة بعد العصر ، أما التغليظ بالمكان فبين الركن والمقام إن كان بمكة وعند قبر النبي ﷺ إذا كان بالمدينة ، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس ، وفي سائر الجوامع في سائر البلاد .

وبقولنا قال أحمد -رحمه الله- ، وقال الشافعي -رحمه الله-: فيما يستحب التغليظ بمكان وزمان، وفي قول: يجب التغليظ بهما ،

وبه قال مالك -رحمه الله- في دعوى دم ، ونكاح ، طلاق ورجعه وإيلاء ، ولعان وعتق ، وحد ووكالة ، وولاء ، وجناية ، وكل ما ليس بمال والمقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، ومال كثر ، وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالاً ، ومن الفضة مائتا درهم ، وفيما دون ذلك لا يغلظ في كل قليل وكثير ، ومن به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه بالمكان ، وكذا الحائض ، والمخدرة على وجه لا يجب عليهما حضور مجلس القاضي .

ويحلف الحائض والمخدرة على باب الجامع ، وفي كتاب «التفريع» للمالكية : ويحلف الناس في المساجد ، ولا يحلف عند منبر من المنابر ، إلا عند منبر النبي ﷺ ، ولا يحلف عنده إلا على ربع دينار فصاعداً ،

ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد ، وإذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلاً إن كانت ممن لا تخرج نهاراً .

وفي «المستوعب» للحنابلة : والتغليظ بالزمان بعد صلاة العصر ، أو بين الأذان والإقامة ، ولا تغلظ اليمين إلا فيما له حطم ، مثل الجنايات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال

لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك خرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ، قال : ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ، ولا يحلف بالله ما غصبت ، لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما قائم في الحال ، لأنه قد يطرأ عليه الخلع

الذي تجب فيه الزكاة وقيل فيما تقطع فيه يد السارق، م: **(لأن المقصود)** ش: يعني من اليمين م: **(تعظيم المقسم به)** ش: أي تعظيم المقسم به .

م: **(وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك)** ش: أي بدون تعيين الزمان والمكان م: **(حرج على القاضي حيث يكلف حضورها)** ش: أي حضور بقعة معينة من المكان ، أو ساعة معينة من الزمان م: **(وهو)** ش: أي الخروج م: **(مدفوع)** ش: شرعاً ،

فإن قلت : استدل الخصم بما روى جابر -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : « **من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة تبوأ مقعداً من النار** » وبما روي أن عبد الرحمن ابن عوف- رضي الله عنه- رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت ، فقال: علي دم ؟، فقالوا : لا، قال: أفعظيم من المال؟ ، قالوا : لا ، قال : خشية أن يتهاون الناس بهذا البيت .

الجواب : أن هذا الحديث ليس حديثاً صحيحاً ، وهذا ينافي إطلاق قوله ﷺ «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**» ، والتخصيص بالزمان والمكان زيادة عليه بأخبار غريبة لا يعلم صحتها فلا يجوز .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله-: م: **(ومن أدعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده)** ش: أي أنكره م: **(استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه)** ش:

لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكاذبة ، أو إلى تسليم العبد إلى مالكه بالإقالة وكل ذلك ضرر ، هذا هو اليمين على الحاصل على ما يأتي إن شاء الله تعالى أي وفي دعوى الغصب إذا أنكر .

م: **(ويستحلف وفي الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح)** ش: على امرأته أنه تزوجها فأنكرت هي أو بالعكس م: **(بالله)** ش: أي يحلف بالله م: **(ما بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه)** ش: أي على النكاح م: **(الخلع)** ش: بأن خالعها بعد النكاح .

وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ، ولا يستحلف بالله ما طلقها ، لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه ؛لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -. على قول أبي يوسف- رحمه الله- يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض للمدعي عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل ،

م: **(وفي دعوى الطلاق)** ش: أي يحلفه في دعوى الطلاق بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثاً وهو ينكر م: **(بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت)**

ش: وفي بعض النسخ كما ذكرت : م: **(ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يحدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل)** ش:، أي على ثبوت الحكم في الحال م: **(في هذه الوجوه)** ش: أي الوجوه المذكورة ، وهي دعوى ابتياع العبد والغصب والنكاح والطلاق م: **(لأنه)** ش: أي لأن المدعي يتوجه اليمين في هذه الصور م: **(لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا)** ش:

أي الحلف على الحاصل في الوجوه المذكورة م: **(قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-: أما على قول أبي يوسف -رحمه الله- يحلف في جميع ذلك على السبب)** ش: ،لأن اليمين يستوفي حق المدعي فوجب أن تكون مطابقة لدعواه والمدعى يدعي السبب، والضابط في الحلف على الحاصل وعلى السبب أن السبب إما هو كان ما يرتفع برافع أولاً، فإن كان الثاني والمتحلف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول بأن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر ويحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- على السبب عند أبي يوسف -رحمه الله- .

م: **(إلا إذا عرض للمعدي عليه)** ش: أي المدعى عليه م: **(بما ذكرنا)** ش: يعني من قوله «بل يبتاع العين» ، ثم يقال فيه وفي الغصب : قد يصح بالهبة وفي النكاح ، وقد يطوى عليه الخلع ، وفي الطلاق قد يتجددا بعد الإبانة .

ومراده من التعريض هذه الأشياء بأن يقول المدعى عليه : أيها القاضي الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه : وكذلك بقية الصور، م: **(فحينئذ يحلف)** ش: أي يحلف القاضي م: **(على الحاصل)** ش: وقال تاج الشريعة -رحمه الله-: خلاف التصريح ، والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمين الكلام دلالة ليس فيه ذكر كقولك ، ما أقبح البخل ، تعرض بأنه بخيل ، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد ، كثير رماد القدر ، يعني طويل القامة ومضياف .

ثم قال : ويريد به ها هنا المدعى عليه عند عرض اليمين عليه على السبب يعرض بشيء يعرفه القاضي ، فيحلفه على الحاصل كما إذا ادعى رجل أنه اشترى من هذا هذه الصيغة التي

وقيل: ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف علي الحاصل ، فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي، فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العده والزوج ممن لا يراها ، أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها ؛ لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان

حدها كذا وأنكر المدعي عليه وأراد استخلافه يحلف على الحاصل بالله ما بينكما بيع قائم الساعة.

وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يحلف على السبب بالله ما بعت هذه الصيغة بهذا الثمن الذي يدعى، إلا أن يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول: بيع الرجل بالشيء ، ثم يرجع إليه بإقالة أو بوجه من الوجوه ، ولا يمكنني أن أقر بالبيع ثم ادعى الفتح فحينئذ يحلف على الحاصل .

م: (وقيل:) ش: قائله شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله- م: **(ينظر إلى انكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه)** ش: أي على السبب م: **(وإن أنكر الحكم)** ش: ، بأن قال: ليس له علي هذا المال ، فإن قال : ما غصبت ولا استقرضت الذي يدعى ولا شيئاً فيه م: **(يحلف على الحاصل)** ش: وقال في «الذخيرة» : هو الأحسن ، وعليه عمل أكثر القضاة.

وقال فخر الإسلام -رحمه الله- : يفوض إلى رأي القاضي، ويقول الحلواني-رحمه الله- : قال مالك وأحمد والشافعي -رحمهم الله- في وجه : وفي وجه كقول أبي يوسف -رحمه الله-، م: **(فالحاصل)** ش: أي التحليف على الحاصل

م: **(هو الأصل عندهما)** ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ، وهو أن يقول بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه م: **(إذا كان سبباً يرتفع برافع)** ش: كالبيع ، يقال فيه : والغصب يفسخ بالهبه والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة .

م: **(إلا إذا كان فيه)** ش: أي في التحليف على الحاصل م: **(ترك النظر في جانب المدعي ،فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع)** ش:، وأوضح ذلك بقوله : م: **(وذلك)** ش: أي ترك النظر م: **(مثل أن تدعى مبتوته)** ش: أي امرأة مبانة تدعى على زوجها م: **(نفقة)** ش: أي نفقة العدة م: **(والزوج ممن لا يراها)** ش: أي من لا يرى نفقة المثبوتة بأن كان شافعي المذهب فإنه لا يحلف على الحاصل لأن الزوج يكون صادقاً في اعتقاده ، لأنه لا نفقة لها ، فلا يمنع عن اليمين ، ويكون فيه ترك النظر بل يحلف على السبب لئلا يكون ترك النظر ، م: **(أو ادعى شفعه بالجوار والمشتري لا يراها)** ش: إن كان شافعياً م: **(لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعى وإن كان**

سبباً لا يرتفع برافع ، فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ، بخلاف الأمة والعبد الكافر ، لأنه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه نقض العهد واللحاق ،ولا يكرر على العبد المسلم . قال: ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه . لأنه لا علم له بما صنع المورث ،فلا يحلف على البتات ،

سبباً لا يرتفع برافع، فالتحليف على السبب بالإجماع) ش: كذلك يحلف على السبب بأن قيل في التحليف على السبب: ضرر بالمنكر أيضاً بجواز أنه اشترى ولا شفعة بأن سلم أو سكت عن المطلب؟ ، قلنا: القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما ، فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق هو الشراء وإذا ثبت له الحق ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة .

وإن كان ثم أوضح ذلك بقوله: م: **(كالعبد المسلم إذا أدعى العتق على مولاه)** ش:، فإنه يحلف بقوله: والله ما أعتقت، لأن السبب لا ينكر هنا .

م: **(بخلاف الأمة)** ش: إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فإنه لا يحلف بالله ما أعتقها ، لأنه لا يجوز أن يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ، ثم سبيت ولكن يحلف بالله ما أعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا م: **(والعبد الكافر)** ش: أي وبخلاف العبد الكافر فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه ، لأنه تكرر العتق يحلف فيه بأن نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي ، ويحلف بالله ما أعتقه في الرق القائم في الحال في ملكه .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الشأن أنه م: **(يكرر الرق عليها)** ش: أي على الأمة م: **(بالردة واللحاق)** ش: بدار الحرب كما قلنا م: **(وعليه ينقض العهد واللحاق)** ش: أي يتكرر الرق على العبد ينقص عن كونه ذهب ولحق بدار الحرب، م: **(ولا يكرر)** ش: أي الرق م: **(على العبد المسلم)** ش: لأنه بعد الحرية لا يستحق رقبة .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير » : م: **(ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه)** ش: هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو الثبات ، وصورة المسألة في الجامع لمحمد -رحمه الله- :عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم في الرجل يرث العبد ، فيجيء رجل فيزعم أنه له ، ولا بينة له على أي شيء يستحلف ، قال : على علمه م: **(لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات)**

ش: وقال شريح وابن أبي ليلى : يحلف على الثبات ، وبقولنا قال إبراهيم النخعي والحسن والشعبي - رحمهم الله - ، والحلف بالعلم أن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذي في يدك لهذا المدعي ، والحلف بالثبات أي بالقطع على عدم الاستحقاق .

وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعًا وكذا الهبة .قال :ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان -رضي الله تعالى عنه-

---

والأصل في ذلك أن من ادعى عليه فعل من جهة أو ادعى عليه حتى في شيء استفاده بفعله فإن اليمين إذا وجهت في ذلك كانت على البتات ، وكل من ادعى عليه فعل غيره أو حق في شيء ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم ، وكلاهما مشروع .

وقال الحلواني : هذا أصل مستقيم أي التحليف على فعل الغير في المسائل ،إلا في الرديء بالعيب، فإن المشتري ادعى أن العبد سارق أو آبق ، وأثبت إباقته وسرقته في يد نفسه ، أو ادعى أنه سرق أو أبق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات مع أنهما فعل الغير، لما أن البائع ضمن بتسليم المبيع تسليماً عن العيب ، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات .

وقيل :التحليف على فعل الغير، إنما يكون على العلم إذا قال الحالف : لا علم لي بذلك ، أما لو قال: لي علم بذلك يحلف على البتات ، ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البتات ، وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن ، وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه ، ويحلف على البتات وهذا تحليف على فعل الغير .

ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك بأن قال: قبض الوكيل الثمن، فكان علم بذلك فيحلف على البتات ، كذا في« الفصول .

وأجيب عليه : بأن هذا تحليف على فعل نفسه ، وهو التسليم والرد من حيث المعنى .

م: **(وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات)** ش: وهذا من قيمة مسألة «الجامع» أي وإن وهب لرجل عبداً وقبضه أو اشترى به وجاء يزعم أنه له فإنه يستحلف البينة م: **(لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبباً لثبوت الملك وضعًا وكذلك الهبة)**.

ش: فإن قيل: الإرث كذلك؟، أجيب بأن معنى قوله: « سبب لثبوت الملك» سبب اختياري فباشره بنفسه فيعلم ما صنع .

م: **(قال)** ش: أي قال محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: **(ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منه)** ش: أي من يمينه م: **(على عشرة دراهم فهو جائز وهو)** ش: أي افتدى اليمين م: **(مأثور عن عثمان -رضي الله تعالى عنه-)** ش: قال الأترازي -رحمه الله-: روى أصحابنا في «شرح الجامع الصغير» عن عثمان -رضي الله عنه- أنه دفع المال ولم يحلف .

وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً ، لأنه أسقط حقه .

قلت : قال البيهقي في كتاب «المعرفة» في كتاب «أدب القاضي» : قال الشافعي -رحمه الله- : بلغني أن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- ردت عليه اليمين فافتداها بمال ثم قال : أخاف أن يوافق قدري فيقال : هذا يمينه .

وفي كتاب «المخرج» لأبي الوليد -رحمه الله- بإسناد صحيح عن الشعبي وفيه إرسال : أن رجلاً استقرض من عثمان بن عفان -رضي الله عنه- سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال له : إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر -رضي الله عنه- ، فقال : تحلف أنها سبعة آلاف ، عمر -رضي الله عنه- : [. . .] فأبى عثمان رضي الله عنه أن يحلف ، فقال له عمر : خذ ما أعطاك .

وقال الكاكي -رحمه الله - : اختلفت روايات الكتب أن عثمان -رضي الله عنه- كان مدعى عليه من ذلك المال ، ادعيا في «الفوائد الظهيرية» كان مدعى عليه فافتدى يمينه فقال ، أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال : هذا بسبب يمينه .

وفي« المبسوط» : ذكر أنه كان مدعياً ، فادعى مالاً للمقداد ، قلت : الأول هو الصحيح م: **(وليس له)** ش: أي للمدعي م: **(أن يستحلفه)** ش: أي المدعى عليه م: **(على تلك اليمين أبداً لأنه أسقط حقه)** ش: أي بالصلح والافتداء .

* * *

باب التحالف

قال : وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحـدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه ، أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتـري أكثر منه وأقام أحدهما البينة قـضى له بها ، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى ، والبينة أقوى منها ، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البينات لـلإثبات ولا تعارض في الزيادة ولـو كان الاختـلاف في الثمن والمبـيع جميـعاً فـبينة البائع أولى في الـثمن ، وبينة المشتـري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبـات ، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة ، قيل للمشتري: إمـا أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع: إما إن تسلم ما ادعـاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البـيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان به ،

م: (باب التحالف)

ش:أي هذا باب في بيان التحـالف بين الاثنين، ولما ذكـر حكم يمين الواحـد شـرع في بيـان اليمين بين الاثنين ، والاثنان بعد الواحد في الوجود .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(وإذا اختلف المتبايعان في البـيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع)** ش: بأن قال : كر من الحنطة .

م: **(وادعى المشتري أكثر منه)** ش: بأن قـال : كران م: **(وأقام أحدهما البـينة قضى له بها)** ش: أي بالبينة ، م: **(لأن في الجانب الآخـر مجرد الدعـوى ،والبينة أقـوى منها)** ش: لأنها توجب الحكم على القاضي والدعوى لا توجبه م: **(وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للأثبات ولا تعارض في الزيادة)** ش: لأن البينة المثبة للأول للأقل لا تتعرض للزيادة ، فكانت بالبينة المثبتة للزيادة سألت عن المعارض .

م: **(ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميـعاً فبينة البائع أولى في الثمن ، وبينة المشتري أولى في المبـيع نظراً إلى زيادة الإثبـات)** ش: بأن قـال البائع : بعتك هذه الجـارية واحـدها بمائة دينار ، وقـال المشتري : بعني مع هذا الوصف بخمسين ديناراً وأقام البينة .

وقيل : هذا قـول أبي حنيـفة -رحـمه الله- آخراً ، وكان يقـول أولاً وهو قـول زفر-رحـمه الله- : يقـضى بهمـا للمشـتري بمائة وخمسة وعشرين م: **(وإن لم يكن لكل واحـد منهـمـا بينة قـيل للمشـتري: إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فـسخنا البيع ، وقيل للبائع :إمـا أن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فـسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة ،وهذه جهة فيـه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به)** ش: من المشتري وإلا فـسخنا المبيع جميعاً للمشتري بمائة دينار ، فإذا علم

فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن ، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر فيحلف، فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً ؛ لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا »، قال : ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف -رحمهما الله- آخراً وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله -وهو الصحيح ؛

به ، أي بالفسخ بمتراضيان ، أي ما ادعي كل واحد منهما .

م: **(فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض)** ش: أي قبل قبض المشتري السلعة م: **(على وفاق القياس؛ لأن البائع يدعي زيادة الثمن المشتري ينكره ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر)** ش: لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذا جهة فيه ، أي قطع المنازعة لأنهما ربما تراضيا فانفسخ ، واليمين على من أنكر بالحديث المشهور م: **(فيحلف)** ش: أي فأما تحالف البائع والمشتري م: **(فأما بعد القبض فمخالف للقياس ،لأن المشتري لا يدعي شيئاً ؛لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها، فيكتفي بحلفه، لكنا عرفناه بالنص وهو)** ش: أي قول النبي ﷺ .

م: **(قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا)** ش: [(١)] بهذا الحديث روي عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- من طرق ، وقال المنذري -رحمه الله- : روى هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود -رحمه الله-، وكلها لا تثبت وقد وقع في بعضها : «إذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه» .

وفي لفظ : «والسلعة قائمة» وهو لا يصح ، فإنه من رواية ابن أبي ليلى -رحمه الله- ، وفي بعض طرقه انقطاع ، وفيه عبد الرحمن بن قيس -رحمه الله- وهو مجهول الحال ، وفي بعض الطرق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود وهو لم يسمع من أبيه ، وقيل : إنه من قول بعض الرواة ، والعجب من بعض «شراح الهداية» أنه يقول: هذا الحديث صحيح مشهور .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ويبتدئ)** ش: أي القاضي م: **(بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله آخراً وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله-وهو الصحيح)**

---

(١) رواه أبو داود . باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم [٣٥١١] والنسائي [٤٣٣٣] والترمذي [١٢٩٣] وابن ماجه [٢١٨٦] والحاكم [٢/ ٤٥] والحديث له طرق لا تخلو من ضعف ولكن بعضد بعضها بعضاً .

لأن المشتري أشدهما انكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن ، ولأنه يتعجل فائدة النكول . وهو إلزام الثمن ،ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن. وكان أبو يوسف -رحمه الله- يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع »

ش: احترز به عن قول أبي يوسف -رحمه الله- الأول، ورواية عن أبي حنيفة -رحمه الله - أنه يبتدأ بيمين البائع .

وقال الكاكي -رحمه الله - : وصححه ، قال زفر والشافعي -رحمه الله- وقال الأترازي : عن زفر يبدأ بيمين البائع ، كذا في «التقريب» ، وقال أصحاب الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال ، إحداها : يبدأ بيمين البائع ، والثاني : يبدأ بيمين المشتري، والثالث : الحكم بالخيار ، ومنهم من قال : يبدأ بيمين البائع بكل حال ، كذا في «شرح الأقطع» .

وقال القدوري في «شرح كتاب الاستحلاف» : وهو أن المشتري إن كان ابتدأ بالخصومة وادعى على البائع ابتداء الخصومة وادعى على المشتري ابتدأ بيمين المشتري، م: **(لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن)** ش: فيكون بادئاً بالإنكار ، والبادئ أظلم، م: **(أو لأنه يتعجل فائدة النكول)** ش:، واليمين شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفي في النكول .

م: **(وهو)** ش: أي التعجيل بفائدة النكول م: **(إلزام الثمن)** ش: والبائع يتأخر فائدة ، لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن ، وهو معنى قوله : م: **(ولو بدأ)** ش: أي القاضي .

م: **(بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن)** ش: لأنه يقال : أمسك المبيع حتى يستوفي الثمن ، فكل تقديم ما تعجل فائدته بالنكول أولاً م: **(وكان أبو يوسف -رحمه الله - يقول أولاً :يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ .

م: **(«إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع»)** ش: هذا الحديث رواه أبو داود عن الأعمش عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد عن أبيه عن جده أن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- باع إلى أشعب بن قيس رقيقاً من رقيق الخمس بعشرين ألف درهم ، فأرسل عبد الله إليه ثمنهم، فقال : إنما أخذتم بعشرة آلاف ؛ فقال عبد الله : إن شئت حدثتك بحديث سمعته من رسول الله ﷺ يقول « **إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركا** » .

ورواه الحاكم في «المستدرك» وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وقال ابن القطان : وفيه انقطاع بين محمد بن الأشعث وابن مسعود -رضي الله عنه- ومع الانقطاع فإن عبد الرحمن بن الأشعث مجهول .

= انظر صحيح أبي داود للعلامة الألباني (٢/ ٦٧٠) .

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن ،بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما ، وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين وقال في «الزيادات»: يحلف بالله ما باعه بألف ، ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ، ولقد اشتراه بألف ، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً ، والأصح الاقتصار على النفي ؛ لأن الأيمان على ذلك وضعت ، دل عليه حديث القسامة« بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً »،

وأخرجه الترمذي -رضي الله عنه- عن عون بن عبد الله بن عتبة ، عن ابن مسعود -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، والمبتاع يختار** » وقال: حديث مرسل ، فإن عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود وجه الاستدلال : أنه عليه السلام م: (**خصه بالذكر**) ش: أي خص البائع بالمذكور حيث جعل القول قول البائع م: (**وأقل فائدته التقديم**) ش: أي أقل أقوال هذا التخصيص أن يفيد التقديم .

وأجاب الأقطع بأنه إنما خص البائع بالذكر لأن بينة المشتري معلومة لا يشكل، لقوله عليه السلام: « **واليمين على من أنكر** » ، وقد مضى فسكت عليه السلام عما تقدم بيانه ، وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه .

م: (**وإن كان بيع عين بعين**) ش: وهو المقايضة م: (**أو ثمناً بثمن**) ش: وهو الصرف م: (**بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما**) ش: أي في فائدة النكول، وبه قال الشافعي -رحمه الله - في كل البيوع فوجهه ، وإنما ذكر المصنف -رحمه الله- هذا تفريعاً على مسألة القدوري .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله - في «الجامع» .

م: (**وصفة اليمين: أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ، قال في «الزيادات»: يحلف بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف ، يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً**) ش: بيانه : أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون باراً في يمينه ، فلقد اشتراه بألف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة ، وكذا البائع ، لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف ويكون صادقًا لجواز أنه باعه بألف درهم فيبطل حق المشتري ، م: (**والأصح الاقتصار على النفي؛ لأن الأيمان على ذلك وضعت**) ش: أي على النفي ، والبينات وضعت على الإثبات .

م: (**دل عليه**) ش: أي أنه وضعت على النفي م: (**حديث القسامة:« بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً »**) ش: وسيأتي حديث القسامة في بابه إن شاء الله تعالى .

قال: فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف . لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، أو يقال :إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد .قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته، قال: وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما ، لأن هذا

م: (قال) ش: أي القدوري م: (فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) ش: هذا كلام القدوري وقال المصنف -رحمه الله - م: (وهذا يدل على أنه) ش: أي أن المبيع م: (لا ينفسخ بنفس التحالف) ش: ما لم يفسخ القاضي ، وبه صرح في كتاب «الاستحلاف» لأبي حازم القاضي حيث قال إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع ، ولم ينفسخ بالتحالف .

وقال الإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» : فإن حلف، القياس أن يلتزم البيع للمشتري بما قال ، وفي الاستحسان يترادان ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما ، حتى أن أحدهما لو أراد أن يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك ، وقال بعضهم : بنفس التحالف ينفسخ، والأول أصح انتهى .

وقال الإمام الناصحي -رحمه الله - في «تهذيب أدب القاضي» : وإن حلفا لا ينقض القاضي المبيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما ، لأن الفسخ حق لهما ؛ بدليل قوله عليه السلام أنه قال : « تحالفا وترادا » .

م: (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعًا للمنازعة) ش: بينهما ، م: (أو يقال: إذا لم يثبت البدل) ش: للتعارض م: (يبقى بيعًا بلا بدل وهو فاسد ولابد من الفسخ في البيع الفاسد) ش: ، والاختلاف في البدل يوجب الاختلاف في العقد لأن كل واحد منهما ادعى عقدًا غير الذي ادعاه الآخر فكان البيع مجهولاً لجهالة البدل .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) ش: وقال المصنف -رحمه الله -: م: (لأنه جعل باذلاً) ش: فيصح البدل في الأعراض م: (فلم يبق دعواه معارضًا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) ش: لعدم المعارض .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (وإن اختلفا في الأجل) ش: أي في أصله أو قدره م: (أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن) ش: ، وكذا لو اختلفا كل الثمن م: (فلا تحالف بينهما) ش: عندنا ، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعي ومالك -رحمهم الله - : تحالفا، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع، م: (لأن هذا) ش: أي الاختلاف في الأصل أو

اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء ،وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال:فإن هلك

شرط الخيار استيفاء بعض الثمن م: (**اختلافًا في غير المعقود عليه**) ش: وهو البيع م: (**والمعقود به**) ش: وهو الثمن م: (**فأشبه الاختلاف في الحط**) ش: أي في الحط من الثمن م: (**والإبراء**) ش: أي من الثمن وفيها لا يجب التحالف فكذا .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله: واختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، م: (**لأن بانعدامه**) ش: أي بانعدام الأجل م: (**لا يختل ما به قوام العقد**) ش: ، لأن الأجل وشرط الخيار أمر زائد في العقد ، لأن العقد يصح بدونهما ، ولهذا لو اختلفا في الثمن فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل .

ولو اختلفا في الأجل فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف إلى شهر والآخر بالبيع بألف يقبل ويقضى بالبيع بألف حالة ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام والآخر شهد أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة ،م: (**بخلاف الاختلاف في وصف الثمن**) ش: أي في جودته ورداءته م: (**أو جنسه**) ش: وهو كون الثمن دراهم أو دنانير، م: (**حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر**) ش: أي في قدر الثمن م: (**في جريان التحالف**) ش: أي في وجوبه، م: (**لأن ذلك**) ش: أي الاختلاف في الوصف والجنس م: (**يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف**) ش: بأنه جيد أو رديء أو وسط .

م: (**ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف**) ش: بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط، وأوضح ذلك بقوله: م: (**ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه**) ش: أي بعد مضي الأجل فلا يسقط بسقوط الأجل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه**) ش: لأنهما إذا لم يتحالفا يكون القول قول المنكر، لأن ذلك أمر عارض والقول قول المنكر في العوارض، وهو معنى قوله: م: (**لأنهما**) ش: أي لأن الأجل والخيار م: (**يثبتان بعارض الشرط**) ش: يعني بشرط عارض على أصل العقد، م: (**والقول لمنكر العوارض**) ش: وهذا ظاهر الرواية .

وعن أبي حنيفة -رحمه الله-: أن القول قول من يدعي الخيار، كذا في التحليف لأنه ينكر له عن ملكه أو وجوب الثمن عليه، م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**فإن هلك**

المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- والقول قول المشتري وقال محمد -رحمه الله-: يتحالفان وينفسخ البيع علي قيمة الهالك وهو قول الشافعي- رحمه الله- وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما: أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة .

المبيع) ش: بعد قبض المشتري م: (**ثم اختلفا**) ش: يعني في مقدار الثمن م: (**لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - والقول قول المشتري**) ش: مع يمينه ، وبه قال مالك -رحمه الله - في رواية وأحمد -رحمه الله - في رواية .

م: (**وقال محمد -رحمه الله -: يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك**) ش: يعني بعد التحالف يترادان العقد بالقيمة ، م: (**وهو قول الشافعي -رحمه الله -**) ش: في رواية ، وقول مالك -رحمه الله- في رواية وقول أحمد -رحمه الله - في رواية .

ولمالك أربع روايات : إذا اختلفا في مقدار الثمن اثنان ما ذكرنا ، والثالثة : يتحالفان قبل قبض المشتري السلعة ، والرابعة : يتحالفان بعد القبض ما لم يبرهنا .

م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا الخلاف م: (**إذا خرج المبيع عن ملكه**) ش: أي عن ملك المشترى بالمبيع أو بالهبة م: (**أو صار**) ش: أي المبيع م: (**بحال لا يقدر**) ش: أي المشتري م: (**على رده بالعيب**) ش: أي بحدوث المعيب فيه في يده م: (**لهما**) ش: أي لمحمد والشافعي -رحمهما الله - م: (**أن كل واحد منهما**) ش: أي من المتعاقدين م: (**يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره**) ش: لأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه ، فإن البائع يدعي عقداً ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً ينكره البائع .

م: (**وأنه**) ش: أي وأن التحالف م: (**يفيد دفع زيادة الثمن**) ش: عن المشتري لو نكل البائع فلا يدفع المشتري زيادة على ما اعترف به المشتراة حينئذ ، فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا : لم يحصل فيكون مفيداً ، وقال الكاكي -رحمه الله - : هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال : ما فائدة التحليف عندك ؟ ، فإن فائدته التراد وامتنع التراد بالهلاك .

فقال : بل فيه فائدة ، وقع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري ، فإن قيل : هذا يحصل بتحليف المشتراة حينئذ ، فما فائدة تحليف البائع؟ قلنا : لم يحصل المشتري ، فإن المشتري إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع ، فإذا كان كذلك م: (**فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة**) ش: ، بأن ادعى أحدهما الدنانير والآخر الدراهم بعد هلاك المبيع يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة .

ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- :أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه، وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ ،ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ،ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد

م: (**ولأبي يوسف وأبي حنيفة -رحمهما الله -: أن التحالف بعد القبض**) ش: أي بعد قبض السلعة م: (**على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه**) ش: ، ولا يدعي على البائع شيئًا ينكره، لأن المبيع مملوك له سلم إليه باتفاقهما، م: (**وقد ورد الشرع به**) ش: أي بالتحالف م: (**في حال قيام السلعة**) ش: فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة ، لأن حال هلاكها ليس كحال قيامها ،لأن عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما ، فإنه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه ، وبعد الهلاك لم يحصل ذلك إذ العقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف .

م: (**والتحالف فيه**) ش: أي في حال قيام السلعة م: (**يفضي إلى الفسخ**) ش: ، وهذا جواب عما يقال : إن لم يتعد إلى غيره يلحق به بالدلالة ، فأجاب بقوله والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما؟ كما ذكرنا الآن م: (**ولا كذلك بعد هلاكها**) ش: أي بعد هلاك السلعة م: (**لارتفاع العقد**) ش: بالهلاك م: (**فلم يكن في معناه**) ش: فبطل الإلحاق بالدلالة، م: (**ولأنه لا يبالي**) ش: ، هذا جواب عن قولهما : إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة ، أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأنه لا يبالي م: (**بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود**) ش: وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه ، وليس يدعي على البائع شيئًا ينكره ليجب عليه اليمين .

قال الأكمل -رحمه الله - : ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعًا وهبة فإن في كل منهما المقصود، وحاصل التحالف موجود لاختلاف السبب .

وأجيب عن الأول ثبوته بالنص على خلاف القياس وعلى الثاني بأنه على الاختلاف ، والمذكور في بعض الكتب: قول محمد -رحمه الله - : م: (**وإنما يراعى**) ش: جوابًا عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن تقديره المراعاة م: (**من الفائدة**) ش: التي تثبت م: (**ما يوجبه العقد**).

ش: والفائدة التي قال أليست من موجبات العقد ؟ ، والمراد من موجبات العقد: ما لا يكون للعقد وجود بدونه ، والذي ذكراه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد، فلا يترك ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه وفيه نظر ؛ لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجباته ، وهو ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر ؛

وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن ديناً ،فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفي «الجامع الصغير»: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة -رحمه الله-إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك ،

لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد ، والجواب: أنه يثبت بالنص على خلاف القياس.

م: (**وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته**) ش: من تتمة الجواب العقد لأن العقد لا يحتاج لأن فائدة دفع زيادة الثمن من موجبات نكول البائع ، م: (**وهذا**) ش: أي الاختلاف م: (**إذا كان الثمن دينًا**) ش: ثابتًا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والموصوفة الثابتة في الذمة ، م: (**فإن كان عينًا**) ش: فإن كان العقد مقايضة وهلك أحد المعوضين م: (**يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ**) ش: أي الرد م: (**ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته**) ش: أي أو يرد قيمته م: (**إن لم يكن له مثل**) ش: كالحيوان فيما إذا تبايعا حيوانًا بحيوان .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإن هلك أحد العبدين**) ش: يعني باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما م: (**ثم اختلفا في الثمن**) ش: فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري: اشتريتهما منك بألف درهم م: (**لم يتحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله - إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك**) ش: والهلاك على نوعين: هلاك العبد والطعام إذا أكله والثوب إذا احترق وذلك مما يوجب الفوات ، وهلاك حكمي وهو أن يخرج من ملكه كله أو بعضه ، وخروج البعض من ملكه كخروج الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - .

وعند محمد -رحمه الله - خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض، فإذا تحالفا أن خروج الكل من ملكه فعلى المشتري رد القيمة ، ومثله إن كان مثلنا وإن خرج البعض فإن كان المبيع مما في تبعيضه ضرر، ويكون التبعيض عيبًا فالبيع بالخيار بعد التحالف إن شاء أخذ الباقي وقيمة الهلاك ،وإن شاء رد الثاني وأخذ قيمته، وإن لم يكن في تبعيضه ضرر ، وليس التبعيض بعيب فللبائع أن يأخذ الباقي وقيل الغائب، وإن عاد إلى ملكه ثم اختلفا ينظر إن كان العود فيتخالفان ويستردان العين، وإن عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ،وقال: يتحالفان ويترادان القيمة دون العين .

م: (**وفي «الجامع الصغير»: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة -رحمه الله - إلا أن يشاء البائع**) ش: إلا أن يرضى البائع م: (**أن يأخذ العبد الحي، ولا شيء له من قيمة الهالك**) ش: أي من

وقال أبو يوسف -رحمه الله- :يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي ،والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد-رحمه الله- يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى ، ولأبي يوسف -رحمه الله- : أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره . ولأبي حنيفة -رحمه الله- :أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة ، وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

ثمن الميت .

م: (**وقال أبو يوسف- رحمه الله -: يتحالفان في الحي، ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك ، وقال محمد -رحمه الله - يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده**) ش: أي عند محمد -رحمه الله -، م: (**فهلاك البعض أولى**) ش: والجواب أن هلاك البعض محمول إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك يحل في القسمة عليه فلا يجوز .

م: (**ولأبي يوسف -رحمه الله - : أن امتناع التحالف للهلاك**) ش: أي لأجل هلاك أحد العبدين م: (**فيتقدر بقدره**) ش: أي فيقدر الامتناع بقدر الهلاك، لأن الحكم لا يزيد على العلة ، والجواب عنه هو الجواب المذكور .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله - أن التحالف**) ش: بعد القبض يثبت م: (**على خلاف القياس في حال قيام السلعة**) ش: ، لما عرف أن البائع غير منكر وإنما يثبت بالسنة وورد عند قيام السلعة م: (**وهي اسم لجميع أجزائها**) ش: يعني اسم لجميع أجزاء المبيع ، م: (**فلا تبقى السلعة بفوات بعضها**) ش: لأن بفوات بعضها يفوت الشرط فذلك الحكم الذي تعلق به غير معقول م: (**ولأنه**) .

ش:قال الكاكي -رحمه الله - : هذا جواب عن قول أبي يوسف -رحمه الله - ،أي ولأن الشأن م: (**لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن، فلا بد من القسمة على القيمة**) ش: باعتبار القيمة م: (**وهي**) ش: أي القيمة م: (**تعرف بالحزر والظن، فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز**) ش: فإن قيل يشكل على أبي حنيفة -رحمه الله - ما لو أقام القصار بعض العمل ثم اختلفا في الأجرة ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل ، واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض ، فينبغي أن يبقى التحالف عنده .

قلنا : عقد الإجارة في حكم عقود مختلفة يتحد العقد بحسب ما يتم من العمل فإن تعذر

إلا أن يرضى أن يترك حصة الهالك أصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم، ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان . وهذا تخريج بعض المشايخ -رحمهم الله- ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا.وقالوا : إن المراد من قوله في «الجامع الصغير»: يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً ، وقال بعض المشايخ- رحمهم الله - يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة ،

فسخه في البعض لا يتعذر الفسخ في الباقي ، وأما عقد البيع في العبدين عقد واحد ، فإذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي .

م: (**إلا أن يرضى**) ش: أي البائع م: (**أن يترك حصة الهالك أصلاً**) ش: لأن الهالك كأن لم يكن وكأن العقد يصير لم يكن إلا على القائم، م: (**لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد**) ش: فإذا كان كذلك الأمر م: (**فيتحالفان**) ش: كما هو الحكم في الاختلاف عند قيام السلعة ، وهذا إشارة إلى قوله لأنه حينئذ . . إلخ ، وفيه إشارة أيضًا إلى اختلاف المشايخ في الاستثناء المذكور في «الجامع الصغير» في قوله إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له ، فالذي ذكره قول عامة المشايخ أشار إليه بقوله : م: (**وهذا تخريج بعض المشايخ -رحمهم الله- ويصرف الاستثناء**) ش: المذكور في «الجامع الصغير» م: (**عندهم إلى التحالف**) ش: بيانه أنهم قالوا : الاستثناء عندهم إلى التحالف : أي لا يتحالفان عند أبي حنيفة-رحمه الله - إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ، ولا يأخذ شيئًا من ثمن الهالك أصلاً فيتحالفان، لأنه حينئذ صار المبيع كل الحي م: (**كما ذكرنا**) ش: ، أشار به إلى قوله : لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويحتاج الهلاك عن العقد ويتحالفان .

م: (**وقالوا**) ش: أي بعض المشايخ -رحمهم الله - : م: (**إن المراد من قوله**) ش: أي من قول محمد -رحمه الله - م: (**في الجامع الصغير**) ش: في رواية عن يعقوب -رحمه الله - عن أبي حنيفة -رحمه الله - إلى أن يشاء البائع م: (**يأخذ الحي ولا شيء له معناه: لا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا أصلاً**) ش: . كما ذكرنا أنه حينئذ جاز المبيع كل الحي م: (**وقال بعض المشايخ- رحمهم الله -**) ش: وهم مشايخ بلخ-رحمهم الله - م: (**يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وإنما لا يأخذ الزيادة**) ش: مع اليمين إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ، فلا يضمنه شيئًا مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل يأخذ ما يقر به المشتري ، وحينئذ لا يحلف المشتري لأن الاستحلاف إنما شرع في حق المشتري إذا كان ينكر ما يدعيه البائع في الزيادة ، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة فلا حاجة إلى استحلاف المشتري .

وعلى قول هؤلاء لا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري، ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم،وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك .واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف -رحمه الله- .والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري،وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض.

م: (**وعلى قول هؤلاء**) ش: أي قول بعض المشايخ الذين ذكرهم م: (**لا ينصرف الاستثناء**) ش: وهو قوله : إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له م: (**إلى يمين المشتري**) ش: معناه أن البائع يأخذ الحي صلحًا على ما يدعيه من الزيادة قبل المشتري ، فيجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر ، وصار تقديره على قولهم إلا أن يأخذ البائع الحي ولا يأخذ شيئًا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري م: (**لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري**) .

ش: وقال شيخ الإسلام : هذا لا يقوى لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان كذلك لكان معلقًا بمشيئتهما ، م: (**ثم تفسير التحالف على قول محمد**) ش: لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما م: (**ما بيناه في القائم**) ش: أي في المبيع الباقي أراد به ما ذكره بقوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف إلخ .

م: (**وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء**) ش: يعني من الثمن م: (**فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك**) ش: أي ويرد قيمة الهالك والقول في قيمة المشتري ، لأن البائع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون القول له كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد ، م: (**واختلفوا في تفسيره**) ش: أي اختلف المشايخ في تفسير التحالف ، م: (**على قول أبي يوسف -رحمه الله-**) ش: : فيتحالفان في القائم دون الهالك .

قال بعضهم : يتحالفان على القائم ، لأن العقد ينفسخ في حقه لا غير ، م: (**والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه**) ش: أي البائع م: (**دعوى المشتري وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته**) ش: القائم م: (**من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك**) ش: من الثمن الذي أقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك، م: (**ويعتبر قيمتها**) ش: أي قيمة الهالك وقيمة الباقي م: (**في الانقسام يوم القبض**) ش: ، فإن اتفقا أن قيمتها يوم القبض كانت على السواء لزم

وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين و قبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ، وينقسم الثمن

المشتري نصف الثمن الذي أقر به وسقط نصفه ، وإن تصادقا أن قيمتها كانت على التفاوت يسقط في الثمن بقدر قيمة الهالك .

م: (**وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض**) ش: فقال المشتري : كانت قيمته يوم القبض خمسمائة ، وقيمة القائم يوم القبض كانت ألفًا ، وقال البائع على عكس هذا م: (**فالقول قول البائع**) ش: لأن البائع ينكر سقوط زيادة الثمن ، والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن ، فكان البائع متمسكًا بالأصل ، كذا في «جامع قاضي خان» ، فإن قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتهما يوم العقد حتى قال محمد -رحمه الله- : قيمة الأم تعتبر يوم القيمة ، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من بينهما صار مقصوداً بالعقد ، فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض .

وفي «الفوائد الظهيرية» فهذا إشكال هائل أوردته على قوم تحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذي يخايل لي بعد طول الجسم فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ ، فما صار مقصوداً بالعقد ، وفيما نحن فيه تحقيق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً لعقد وهو التحالف .

أما في الحي فظاهر ، وكذا في الميت ، لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض ، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد -رحمه الله- حتى قال : يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف ، ويجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض ، فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض ، م: (**وأيهما أقام البينة تقبل بينته**) ش: لأنه نور دعواه بالحجة .

م: (**وإن أقاماها فبينة البائع أولى**) ش: لأنه أكثر إثباتًا بالزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضميته ، والاختلاف المقصود وهو ما كان في قيمة الهالك .

ثم ذكر المصنف -رحمه الله- ما هو على قياس القول : م: (**وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل**) ش: أي «المبسوط» وهو قوله : م: (**اشترى عبدين وقبضهما**) ش: ولم يرد الثمن م: (**ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر ، عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن**)

على قيمتـهما ،فإن اختلفا في قيمـة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفـاقهما ،ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك ، والبائع ينكره والقول للمنكر وإن أقاما البينة، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه، وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة، فلذا كان القول قوله، وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما ، والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ، وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف -رحمه الله- قال: ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن

على قيمتهما) ش: أي قيمة العبدين م: (فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره ، والقول للمنكر وإن أقاما البينة ، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتًا ظاهرًا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك) ش: والبينات شرعته للإثبات ، فما كان أكثره إثباتًا كان أولى م: (وهذا) ش: أي اعتبار يمين البائع وبينته م: (لفقه) ش: أي المعنى ، وبين الفقه بقوله : وهو أن في الإيمان يعتبر الحقيقة إلخ .

كذا أقره الأترازي -رحمه الله -، وقال الكاكي -رحمه الله - قوله : «وهذا الفقه» أي قول أبي يوسف -رحمه الله - في أن القول قول البائع والبينة بينته ، وقال الأكمل-رحمه الله -: وقال تاج الشريعة -رحمه الله - : «قوله وهذا الفقه» إلخ ،يعني أن في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر ،فإنه يدعي زيادة القيمة للهالك فتكون البينة بينته .

قلت : هذا هو المناسب لما ذكره المصنف -رحمه الله - بقوله م: (وهو) ش: أي الفقه م: (أن في الإيمان تعتبر الحقيقة) ش: أي حقيقة الحال م: (لأنها) ش: أي لأن البينة م: (تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها) ش: أي على حقيقة الحال م: (والبائع منكر حقيقة) ش: لأنه ينكر سقوط الزيادة م: (فلهذا كان القول قوله، وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما) ش: أي في حق الشاهدين م: (والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضًا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر) ش: وهو قوله : لأنه أكثر ثباتًا ظاهرًا، م: (وهذا) ش: أي الذي ذكره ببيوع الأصل بيعه م: (يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف -رحمه الله -) ش: من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة «الجامع الصغير» .

م: (قال :) ش: أي قال محمد في « الجامع الصغير» م: (ومن اشترى جارية) ش: بألف درهم م: (وقبضها) ش: أي قبض الجارية م: (ثم تقايلا) ش: أي المبيع حال قيام الجارية م: (ثم اختلفا في الثمن) ش: بأن قال المشتري : كان الثمن ألفًا فعليك أن ترد الألف ، وقال البائع : كان خمسمائة

فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص ؛لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين ،وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ، ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري

فعلي رد الخمسمائة م: (**فإنهما يتحالفان**) ش:، لأن الإقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع وقطع المنازعة حق الشرع م: (**ويعود البيع الأول**) ش: حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة ، ولابد من الفسخ سواء فسخاها بأنفسهما أو فسخا لأنها كالبيع لا ينفسخ إلا بالفسخ ونحن ما أثبتنا .

هذا جواب عما يقال : النص لم يتناول الإقامة فما وجه جريان التحالف فيها ؟ فأجاب بقوله م: (**ونحن ما أثبتنا**) ش: أي في التقايل م: (**التحالف فيه بالنص لأنه**) ش: أي لأن النص هو قوله عليه السلام : « **إذا اختلف البيعان تحالفا وترادا** » م: (**ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين**) ش: بيع في حق غيرهما ، فإذا كان كذلك ما أثبتناه بالنص ،م: (**وإنما أثبتناه**) ش: أي التحالف م: (**بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض**) ش: أي قبل قبض البائع المبيع بعد الإقالة ، وصار التحالف معقولاً وهو معنى قوله : م: (**والقياس يوافقه على ما مر**) ش: أي في أول الباب م: (**ولهذا**) .

ش: توضيح لقوله : وإنما أثبتناه بالقياس م: (**نقيس الإجارة على البيع قبل القبض**) ش: يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة ، م: (**والوارث على العاقد**) ش: يعني وارث البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن يجري التحالف بينهما ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (**والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري**) ش: يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة ، فإن اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عندنا تبعًا لعين المشتري ، لكون النص إذ ذاك معقول المعنى .

وقال الأترازي : قوله والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ، وهذا في النسخة المقابلة بنسخة المصنف -رحمه الله - وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشترى ، يعني بفتح الراء وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع .

وقال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري -رحمه الله - على« حاشية كتابه الصحيح» : استهلك المشترى بضم التاء على بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول أي نقيس قيمة المشترى المستهلك الذي استهلك في يد البائع .

قال: ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- خلافاً لمحمد -رحمه الله- لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضًا. قال: ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن، فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم ،لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض ؛ لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ،ولو كان ذلك في بيع العين بعود البيع دل على الفرق بينهما . قال : وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت: تزوجتني بألفين ، فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة

وفي «المبسوط» : إذا قتل المبيع قبل البعض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها م: (قال: ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - خلافًا لمحمد -رحمه الله - لأنه) ش: أي لأن محمد -رحمه الله – م: (يرى النص معلولاً بعد القبض أيضًا) ش: لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر ، وهذا المعين لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضًا أو غير مقبوض .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله – م: (ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة) ش: بضم الكاف وتشديد الراء ، وهو مكيال لأهل العراق معروف ، وقال الأزهري : الكُر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف صاع وهو ثلاث كيلجات ، قال : وهو من الحساب اثنا عشر وسقًا ، والوسق ستون صاعًا ، م: (ثم تقايلا) ش: أي السلم م: (ثم اختلفا في الثمن) ش: يعني رأس المال م: (فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم) ش: مع يمينه ، لأن رب السلم يدعي زيادة وهو ينكر وإلا يتحالفان، م: (لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض) ش: أي الفسخ م: (لأنه) ش: أي الإقالة على تأويل النقائل م: (إسقاط) ش: للمسلم فيه وهو دين ، والدين الساقط لا يعود م: (فلا يعود السلم) .

م: (بخلاف الإقالة في البيع) ش: فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينًا إلى المشتري بعد عوده إلى البائع ، ثم أوضح ذلك بقوله : م: (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضًا فرده بالعيب) ش: يعني بحكم القاضي بذلك م: (وهلك قبل التسليم إلى رب السلم ،لا يعود السلم ، ولو كان ذلك في بيع العين بعود البيع دل) ش: أي ما ذكرنا م: (على الفرق بينهما) ش: أي بين السلم وبين العين .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله – م: (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف ، وقالت تزوجتني بالفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة) ش: أما قبول

وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة ، معناه: إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته وإن لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ولا يفسخ النكاح ، لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر، قضي بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لهما بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا انحط عنه قال- رضي الله عنه- ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ،

بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه ينكر الزوج مادة فكان عليه اليمين لا البينة، وإنما قبلت لأنه يدعي في الصورة وهي كافية لقبولها م: (**وإن أقاما**) ش: أي الزوجان م: (**البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه**) ش: أي معنى قول القدوري -رحمه الله - في «مختصره» فالبينة بينة المرأة م: (**إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته**) ش: قيد به ، لأنه إذا كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر فبينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئًا ، لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل .

إليه أشار الإمام قاضي خان -رحمه الله -، م: (**وإن لم تكن لهما**) ش: أي للزوجين م: (**بينة**) ش: بعد الاختلاف في المهر عجزا عن إقامة البينة م: (**تحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله - ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده**) ش: أي لأن عدم تسمية الثمن في البيع تفسد البيع لأنه ركن فيه م: (**على ما مر**) ش: في «كتاب البيوع» وفي «كتاب النكاح» أيضًا م: (**فيفسخ**) ش: أي البيع بخلاف النكاح فإنه لا ينفسخ م: (**ولكن يحكم**) ش: بتشديد الكاف من التحكيم على صيغة المجهول مسندًا إلى قوله م: (**مهر المثل**) ش: أي يجعل من المثل حكمًا .

وبين تفصيل ذلك بقوله م: (**فإن كان**) ش: أي مهر مثلها م: (**مثل ما اعترف به الزوج أو أقل**) ش: مما اعترف به الزوج م: (**قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له**) ش: أي ظاهر الحال يشهد للزوج لموافقة قوله من المثل م: (**وإن كان**) ش: أي مهر مثلها م: (**مثل ما ادعته المرأة أو أكثر**) ش: مما ادعته م: (**قضى بما ادعته المرأة**) ش: لأن الظاهر يشهد لها م: (**وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لهما بمهر المثل ، لأنهما لما تحالفا**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله -: م: (**لم تثبت الزيادة على مهر المثل ، ولا انحط عنه**) ش: أي عن مهر المثل .

م: (**قال- رضي الله عنه-**) ش: أي المصنف -رحمه الله - م: (**ذكر**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**التحالف أولاً ثم التحكيم،**) ش: أي ثم ذكر التحكيم بعده ، حاصله أنه ذكر

وهذا قول الكرخي -رحمه الله- ؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري، وتخريج الرازي - رحمه الله - بخلافه، وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف -رحمه الله- فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة

التحالف أولاً إذا اختلفا في المهر إذا لم يكن لها ، ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل، م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكره القدوري-رحمه الله - ، هكذا م: (**قول الكرخي -رحمه الله -؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها**) ش: أي اعتبار القسمة م: (**بالتحالف فلهذا يقدم**) ش: أي التحالف م: (**في الوجوه كلها**) ش: يعني إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهذه خمسة أوجه .

م: (**ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -**) ش: وبه قال الشافعي-رحمه الله - م: (**تعجيلاً لفائدة النكول**) ش: ، لأن أول التسليمتين عليه فأول اليمينين عليه ، لأن الزوج بمنزلة المشتري والمهر كالثمن والبضع كالمبيع ، وإليه ذهب الإمام الأسبيجابي -رحمه الله - في «شرح الطحاوي» ، وإليه ذهب المصنف -رحمه الله - أيضًا في هذا المقام، ولكن لم يعرض له في باب المهر م: (**كما في المشتري**) ش: فإنه يبدأ بيمينه أولاً . وقالوا في «شرح الجامع الصغير» : يبدأ التحالف بالقرعة لأنه لا رجحان لأحدهما عن الآخر م: (**وتخريج الرازي- رحمه الله - بخلافه، وقد استقصيناه في النكاح**) ش: أي وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب النكاح م: (**وذكرنا خلاف أبي يوسف -رحمه الله -**) ش: حيث قال : إن القول قول الزوج عند أبي يوسف -رحمه الله - في جميع ذلك، إلا أن يأتي بشيء مستنكر .

م: (**فلا نعيده**) ش: أي فلا نعيد بيان قول أبي يوسف -رحمه الله - هناك للاكتفاء بما ذكره هناك م: (**ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه**) ش: أي تدعي النكاح م: (**على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة**) ش: يعني أنه بحكم مهر المثل أولاً ، فمن شهد له فالقول له ، وإن كان بينهما فيتحالفان ؛ وقد أوضح ذلك صاحب «الإيضاح» حيث قال: وإن ادعى الزوج أن المهر هو هذا العبد ، وقالت المرأة: هذه الجارية فالكلام فيه كالألف والألفين إلا فصل واحد، وهو أن مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية ، أو أكثر فلها قيمة الجارية، لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي، فإذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة .

وقال شمس الأئمة البيهقي -رحمه الله -في «الكفاية» : إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر لها مهر مثلها لا يتجاوز قيمة الجارية ، وإن كان أقل من قيمة العبد لها مهر مثلها، إلا أن

إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا، معناه: اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر ، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع ،وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة ،وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه

ترضى بأخذ العبد، لأن تمليك عين الحيوان لا يمكن إلا إذا اتفقا عليه، ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع إلى قيمتها ، وهذا الذي ذكره هو الذي ذكره المصنف بقوله : م: (**إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها ، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة**) ش: أي قيمة الجارية .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإن اختلفا في الإجارة**) ش: أي وإن اختلف المتآجران في الإجارة م: (**قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا**) ش: هذا لفظ القدوري -رحمه الله - وقال المصنف -رحمه الله - م: (**معناه اختلفا في البدل أو في المبدل**) ش: أراد بالبدل الأجرة ، والمبدل المنافع التي وقع عند الإجارة عليها م: (**لأن التحالف في البيع قبل القبض**) ش: أي قبل قبض المبيع م: (**على وفاق القياس على ما مر**) ش: أشار إلى قوله في أول الباب لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر . . إلخ .

م: (**والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع**) ش: في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فألحقت الإجارة به ، فإن قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها ، فكأنها قائمة تقديراً .

م: (**وكلامنا قبل استيفاء المنفعة**) ش: أي كلامنا الذي ذكرناه إنما هو عند الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه ، وأما إذا اختلفا في استيفاء المعقود عليه فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى، م: (**فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة**) ش: **فإن قيل**: كان الواجب أن يبدأ يمين المؤجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الأجر ثم تجب الأجرة على المستأجر بعده؟ **أجيب**: بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو السبق إنكاراً فيبدأ به ، وإن لم يشترط لا يمتنع الأجر من تسليم العين المستأجرة، لأن تسليمه لا يتوقف على تسليم الأجرة فيبقى إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف، م: (**وإن وقع**) ش: أي الاختلاف م: (**في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر**) ش: هذا على غير القاعدة ، والأصل أن يقال: المؤجر أو الأجر م: (**وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه**) ش: قال شمس الأئمة البيهقي في كتاب

وأيهما أقام البينة قبلت ، ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة . وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة . قال: وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد -رحمه الله- ؛لأن الهلاك إنما يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ،فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد ، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا

«الإجارات» : اختلفا في الأجرة قبل القبض فقال المستأجر : بخمسة وقال المؤجر : بعشرة ، أو في المدة ، فقال المؤجر : شهراً ، وقال المستأجر : شهرين أو المسافة ، قال : هذا إلى البصرة، وذلك إلى الكوفة ، يتحالفان وتفسخ الإجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ، ومن أقام بينة تقبل ، فإن أقاما فالبينة للمؤجر إن كان الخلاف في قدر الأجر ونوعها أو جنسها ، وهذا كالشرح لقول المصنف : م: (**وأيهما أقام البينة قبلت ، ولو أقاماها**) ش: أي كل واحد أقام بينة م: (**فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة**) ش: لأنه أكثر ثباتًا .

م: (**وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وإن كان فيهما**) ش: أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع م: (**قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل ، نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة**) ش: نظراً إلى كثرة الإثبات م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإن اختلفا بعد الاستيفاء**) ش: أي بعد استيفاء المعقود عليه م: (**لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا**) ش: أي عدم التحالف م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ظاهر، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف وأبي حنيفة، م: (**وكذا على أصل محمد -رحمه الله -**) ش: يعني ههنا م: (**لأن الهلاك إنما يمنع**) ش: أي التحالف م: (**عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه**) ش: لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين م: (**فيتحالفان عليها**) ش: أي على القيمة م: (**ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد ،فلا قيمة**) ش: حتى يكون التحالف عليها م: (**لأن المنافع لا تتقوم بنفسها**) ش: لأنها عوض لا يبقى زمانين م: (**بل بالعقد**) ش: أي بل يتقوم بواسطة العقد م: (**وتبين أنه لا عقد**) ش: يعني ظهر بخلصهما أن لا عقد بينهما لانفساخه في الأصل ، فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ .

م: (**وإذا امتنع**) ش: أي التحالف به بالإجماع م: (**فالقول للمستأجر مع يمينه ،لأنه هو المستحق عليه**) ش: ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه مع يمينه م: (**وإن اختلفا**

بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل . قال: وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي -رحمه الله- ؛لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد ، والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه، والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن . ولأبي حنيفة-رحمه الله- :أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد ، وإنما ينقلب مقابلاً للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة ، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير

بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي ،وكان القول في الماضي قول المستأجر) ش: لأنه هو المتفق عليه فيما مضى .

وهو المدعى عليه م: (لأن العقد) ش: يعني في الإجارة م: (ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ش: فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة فظهر الفرق .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة -رحمه الله -) ش: فالقول للعبد مع يمينه م: (وقالا:يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي -رحمه الله -؛ لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ،) ش: عند الاختلاف في الثمن م: (والجامع) ش: بينهما : م: (أن المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان كما إذا اختلفا) ش: أي المتبايعان م: (في الثمن) ش: أي في ثمن البيع ، م: (ولأبي حنيفة -رحمه الله -: أن البدل) ش: أي بدل الكتاب م: (مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو) ش: أي التصرف م: (سالم للعبد) ش: لاتفاقهما على ثبوت الكتابة .

م: (وإنما ينقلب) ش: أي البدل م: (مقابلاً للعتق عند الأداء) ش: يعني إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلاً في الحجر إلى كونه مقابلاً بالحجرية فههنا هي المقصود ، كما جعل وجوب الأجرة في ابتداء عقد الإجارة مقابلاً برقبة الدار ثم يصير مقابلاً بالمنافع المطلوبة عند حدوثها فكذا هنا م: (فقبله) ش: أي قبل الأداء م: (لا مقابلة ، فبقي اختلافًا في قدر البدل لا غير) ش: يعني لا في المبدل .

والعبد لا يدعي شيئًا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر ، فإذا كان

فلا يتحالفان . قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة. لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها ، وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل ، لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه

كذلك م: (**فلا يتحالفان**) ش: لأن التحالف في المبيع يثبت نصًا بخلاف القياس فلا يحلق به ما ليس في معناه ، والكتابة ليست في معنى البيع ؛ لأن التحالف في المفاوضات عندنا يتحد بالحقوق اللازمة من الجانبين ، وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيدافع عن نفسه ، ولهذا لا تصح الكفالة به ولا يصح إلحاقه بالبيع ، فيكون القول للعبد مع يمينه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - م: (**وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال كالعمامة**) ش: وقال قضي خان -رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم أو طلقها وادعى كل واحد منهما أنه له ، قال أصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والأسلحة والكتب ونحو ذلك ، فالقول فيها قول الرجل .

م: (**لأن الظاهر شاهد له**) ش: وفي الدعاوى : القول قول من يشهد له الظاهر ، وقال الشافعي وزفر وعثمان الليثي وأصحاب الظاهر -رحمهم الله - : ما يصلح له أو لها والمشكل فهو بينهما بعد التحالف ، وكذا في يد ورقهما . وقال أحمد وابن أبي ليلى والثوري : ما يصلح له فهو له مع يمينه، وما يصلح لها فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف ، وقال مالك -رحمه الله - نحوه ، إلا أنه قال : المشكل للرجل ، وقال ابن شبرمة : الكل للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها . وقال الحسن البصري -رحمه الله - : إن كان البيت لها فالكل لها مع يمينها ، إلا ما على الرجل من ثياب بدنه وإن كان البيت له فالكل له لأن البيت وما فيه في يده م: (**وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية**) ش: والملاءة ، والوقاية ما تشده المرأة على [. . .] رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها مع الخمار كالملحفة م: (**لشهادة الظاهر لها**) ش: أي للمرأة م: (**وما يصلح لهما**) ش: أي للزوجين م: (**كالآنية فهو للرجل**) ش: وقال قاضي خان -رحمه الله - : المشكل ما يصلح لها كالفرن والشاة والعبد والخادم والأواني والأمتعة والذهب والفضة والعقار ، وقال التمرتاشي -رحمه الله - ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين، إلا أن يكون الرجل صائغًا وله أساوير وخواتيم النساء وحلي وخلخال وأمثال ذلك ، فحينئذ لا تكون هذه الأشياء لها .

وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كالعمامة [. . .] والمنطقة م: (**لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها، لأنه**) ش: أي لأن ظاهر اليد

يعارضه ظاهراً أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقال أبو يوسف- رحمه الله -: يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر ، والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم ، وقال محمد -رحمه الله-: ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة -رحمه الله-

---

م: (**يعارضه ظاهراً أقوى منه ،**) ش: وهو بدل الاستعمال فكان القول لها ، كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه ، فإن اللابس أولى ، بخلاف الإسكاف والعطار إذا اختلفا فيه ، لأن الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فيكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يترجح بالاختصاص ، لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبهة ، ولم يشاهد استعمال الأساكفة والعطارين ، وشاهدنا : كون هذه الآن في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين .

م: (**ولافرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما**) ش: أي أحد الزوجين م: (**واختلفت ورثته**) ش: أي ورثة الميت م: (**مع الآخر**) ش: وهو الحي منهما ، م: (**فما يصلح للرجال والنساء**) ش: كالأواني والبسط ونحوها م: (**فهو للباقي منهما**) ش: أى من الزوجين م: (**لأن اليد للحي دون الميت**) ش: لأنه لا يد له .

م: (**وهذا الذي**) ش: وهذا المجموع الذي م: (**ذكرناه**) ش: من حيث الجملة لا من حيث التفصيل من أول المسألة إلى آخرها م: (**قول أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك ، وعلى هذا قوله : م: (**وقال أبو يوسف-رحمه الله -؛ يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها**) ش: معناه مما يصلح لها م: (**والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأةتأتي بالجهاز، وهذا**) ش: أي ظاهر المرأة م: (**أقوى**) ش: لجريان العادة بذلك م: (**فيبطل به ظاهر يد الزوج، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر**) ش: فكان معتبراً .

م: (**والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم ، وقال محمد -رحمه الله -: ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما**) ش: أي وما كان يصلح للزوجين م: (**فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: في «الدليل »، وهو أن المرأة وما في يدها للزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى الممات

والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى ، وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات .

فقوله : م: (**والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث**) ش: وفي الفوائد، قال محمد -رحمه الله - : ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه فيما له فكما أن المشكل له في حياته مع يمينه ، فكذا كان القول لورثته م: (**وإن كان أحدهما**) ش: أي أحد الزوجين .

م: (**مملوكًا فالمتاع للحر في حالة الحياة؛ لأن يد الحر أقوى وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات**) ش حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في يديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقام البينة استويا فيه .

فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البينة ، وقال الكاكي -رحمه الله - قوله : «وللحي بعد الممات» سواء كان الحي حرًا أو مملوكًا ، هكذا ذكره في نسخ «شرح الجامع الصغير» .

ولكن ذكر فخر الإسلام شمس الأئمة -رحمه الله - في « شروح الجامع الصغير» : لو كان أحدهما حرًا والآخر مملوكًا فالمتاع للحر منهما ، وكذا إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما، ثم قال : وما وقع في بعض النسخ «للحي منهما »سهو .

وفي رواية محمد -رحمه الله - والزعفراني للحر بالراء ، وذكر في « المختصر السراجي السعيد » : ولو كان أحدهما مملوكًا فاختلفا بعد الفرقة في الأمتعة المشكلة فالقول قول الحر لقوة يده عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، وعندهما : سواء .

وذكر في « جامع البزدوي » -رحمه الله - : والمتاع للحر منهما غير مقيدة بالمشكل وجرح به في مختلف العقبة ، والأقضية أن المتاع كله للحر عنده ، وعندهما على التفاصيل التي عرفت فيما إذا كانا حرين .

* * *

فصل فيمن لا يكون خصماً

وإن قال المدعى عليه : هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب ، أو رهنه عندي ، أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا إذا قال أجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة .وقال ابن شبرمة -رحمه الله-: لا تندفع الخصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا :مقتضى البينة شيئان : ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعي، وهو خصم

م: (فصل فيمن لا يكون خصمًا)

ش: أي هذا فصل في بيان من لا يكون خصمًا عند الدعوى ، ولما ذكر فيما مضى من يكون خصمًا ذكر هنا من لا يكون خصمًا ، وبضدها تتبين الأشياء قيل: الفصل مشتملاً أيضًا على ذكر من يكون خصمًا ، وأجيب: نعم من حيث الفرق لا من حيث القيد الأصلي م: (**وإن قال**) ش: و«في بعض النسخ» فإن قال م: (**المدعى عليه :هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي**) ش: صورته دار أو ثوب في يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له، فقال ذو اليد: هو لفلان الغائب أودعنيه . . إلخ .

وأقام ذو اليد بينة على ما قاله فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعي . وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - والشافعي والأظهر ، وقال ابن شبرمة له يندفع به ، وبه قال الشافعي -رحمه الله - في المنصوص عليه، م: (**وكذا**) ش: أي لا خصومة م: (**إذا قال**) ش: ذو اليد : م: (**أجرنيه**) ش: فلان م: (**وأقام البينة لأنه**) ش: أي وكذا لأن ذا اليد م: (**ثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة. وقال ابن شبرمة:**) ش: هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الطبي أبو شبرمة الكوفي -رحمه الله - القاضي فقيه أهل الكوفة ،عدداه في التابعين ، روى عن أنس بن مالك -رحمه الله - ، وقال العجلي -رحمه الله- : كان قاضيًا لأبي جعفر على سواد الكوفة وضياعها ،وكان فاضلاً ناسكًا ثقة في الحديث ، مات سنة أربع وأربعين ومائة .

م: (**لا تندفع**) ش: أي الخصومة م: (**لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه**) ش: أي عن الغائب ، وإثبات الملك للغائب بدون الخصومة متعذر، إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه، م: (**ودفع الخصومة بناء عليه**) ش: أي على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر م: (**قلنا مقتضى البينة شيئان : ثبوت الملك للغائب**) ش: أي أحدهما ثبوت الملك للغائب .

م: (**ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعي**) ش: أي والثاني : دفع الخصومة عن نفسه م: (**وهو خصم فيه**) ش: لأن مقصود ذي اليد إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة ، ولا إثبات الملك للغائب أو فيما هو المقصود ، والمدعي خصم له فيه فتقبل بينته .

فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة كإقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى ؛ لأنه صار خصماً بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره .وقال أبو يوسف -رحمه الله- آخراً إن كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلناه، وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة ؛لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه .ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله ،

م: (**فيثبت**) ش: يد الحفظ م: (**وهو كالوكيل بنقل المرأة**) ش: إلى زوجها م: (**كإقامتها البينة على الطلاق**) ش: فإنها تقبل بقصر يد الوكيل عنها ، ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب م: (**كما بيناه من قبل**) ش: أي في باب الوكالة بالخصومة .

والقبض يعني أن بينة المرأة على الطلقات الثلاث تقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق، م: (**ولا تندفع**) ش: أي الخصومة م: (**بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى**) ش: هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ، أبو عبد الرحمن الكوفي -رحمه الله- الفقيه قاضي الكوفة ، فيه مقال ، مات سنة ثمان وأربعين ومائة . ومذهبه أنه يخرج من الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد إقراره أن يده يد حفظ لا يد خصومة .

م: (**لأنه صار خصمًا**) ش: دليلها يعني توجهت الخصومة إليه م: (**بظاهر يده**) ش:، وهذا يبين ما كان للقاضي إحضاره ويكتب إليه بالجواب م: (**فهو بإقراره يريد أن يحول حقًا مستحقًا على نفسه**) ش: فهو متهم في إقراره م: (**فلا يصدق إلا بحجة**) ش: كما لا يصدق المدعي دعوى الملك إلا بحجة .

وكذا م: (**كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره**) ش: بالحوالة ، فإنه لا يصدق إلا بحجة .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله - آخراً :**) ش: تندفع الخصومة كما كانت البينة م: (**إن كان الرجل**) ش: أي ذو اليد م: (**صالحًا**) ش: أي غير معروف إلا بالخير والصدق، م: (**فالجواب كما قلناه**) ش: أي تندفع الخصومة كما قامت البينة ، م: (**وإن كان معروفًا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله**) ش: أي المال الذي غصبه من إنسان م: (**إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود**) ش: حتى جاء المالك وأراد أن يثبت ملكهم: (**فيحتال لإبطال حق غيره**) ش: بأن يقيم بيننة على أن فلانًا أودعه فيبطل حقه وتندفع الخصومة عنه .

م: (**فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله**) ش: وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوط» ما ذهب

ولو قال الشهود : أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي، ولأنه ما أحاله إلى معين ليمكن المدعي من اتباعه ،فلو اندفعت لتضرر به المدعي، ولو قالوا : نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فكذلك الجواب عند محمد -رحمه الله - للوجه الثاني، وعند أبي حنيفة -رحمه الله - تندفع لأنه أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره،حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة، وهو المقصود ، والمدعي هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده

إليه أبو يوسف -رحمه الله - : صح استحسان ذهب إليه بعدما ابتلي بالقضاء ، لأنه لما رضي بالقضاء فوقف على أحوال الناس ما لا يعرفه غيره ، وما قالا قياس، لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ، ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم .

قلت : زماننا هذا أكثر فساداً لغلبة التزوير وكثرة الحيل بالاحتياط فيه واجب، م: (**ولو قال الشهود :أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه**) ش: أي ولأن ذي اليد م: (**ما أحاله إلى معين ليمكن المدعي من اتباعه، فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ، ولو قالوا: نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد -رحمه الله - للوجه الثاني**) ش: أي الشهود ما أحاله إلى معين يمكن للمدعي اتباعه .

م: (**وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: تندفع**) ش: الخصومة ،م: (**لأنه أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره ،حيث عرفه الشهود بوجهه، بخلاف الفصل الأول**) ش: وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه للعلم بيقين ، حينئذ أن المودع غير المدعي ، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود، م: (**فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعي هو الذي أضر بنفسه**) ش: هذا جواب عن قول محمد -رحمه الله - : لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي .

ووجهه أن المدعي أضر نفسه بالضرر اللاحق ، م: (**حيث نسي خصمه أو أضره شهوده**) ش: أي شهود المدعى عليه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه ، وإليه أشار بقوله : « هذا الشيء أودعته فلان» فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج ؛ وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة ، وإن أقام البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً للمدعي في العين بظاهر يده فإن ظاهر اليد يدل على الملك إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك ، وبإقامة البينة أن العين وديعة عنده يظهر أن يده ليست يد ملك فتندفع عنه الخصومة ، أما إذا كانت العين هالكة فالدعوى تقع في الدين، ومحل الدين الذمة ، فالمدعى عليه يثبت خصماً للمدعي بذمته وبما أقام المدعي من البينة ، على أن العين كانت في يده وديعة لا تبين أن ذمته كانت لغيره ، فلا تتحول عنه الخصومة .

دون المدعى عليه ،وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الأقوال الخمسة وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصمًا ، وإن قال المدعي : غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة ، لأنه إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ، ويصح دعوى الفعل وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد : أودعنيه فلان ، وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان ، وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب

م: (دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى) ش: أي هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من« الأصل» تسمى المخمسة لما فيها من خمسة أوجه ، لأن ذا اليد قال : هذه وديعة أو عارية أو إجارة أو رهن، أو غصب أو تسمى بخمسة لأن فيها خمسة أقاويل ، أشار إليه بقوله : م: (وذكرنا الأقوال الخمسة) ش: لعلمائنا الثلاثة -رحمهم الله - ولابن أبي ليلى ولابن شبرمة .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (وإن قال: ابتعته من الغائب فهو خصم) ش: يعني إذا ادعى على ذا اليد عينًا ، فقال ذو اليد : « اشتريتها من الغائب» لا تندفع الخصومة م: (لأنه لما زعم أن يده يد الملك اعترف بكونه خصمًا) ش: كما لو ادعى ذو اليد ملكًا مطلقًا م: (وإن قال المدعي :«غصبته مني» أو «سرقته مني» لا تندفع الخصومة ، وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة) ش:بيانه : أن المدعي إذا ادعى فعلاً على ذي اليد ، وقال : الدار داري أودعتها عندك أو استأجرتها مني أو غصبتها مني أو ارتهنتها مني ، وقال المدعى عليه الذي في يده الدار : إنها لفلان الغائب أودعها أو غصبتها منه وغير ذلك ، وأقام على ذلك البينة ؛ فإن الخصومة لا تندفع عنه، م: (لأنه) ش: أي لأن ذا اليد م: (إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه لا بيده) ش: وصيرورته خصمًا في دعوى الفعل لا يفتقر إلى اليد أصلاً فضلاً عن أن يفتقر إلى ملك ويد خصومة ، ولهذا اتضح دعوى الملك المطلق باعتبار يده ، حتى لا تصح دعواه أي دعوى المدعي على غير ذي اليد .

ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد م: (بخلاف دعوى الملك) ش: أي دعوى المدعي لما ملك م: (المطلق ،لأنه خصم فيه) ش: ، أي لأن ذا اليد خصم في دعوى الملك المطلق م: (باعتبار يده حتى لا تصح دعواه) ش: أي دعوى المدعي م: (على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل) ش: أي غير ذي اليد م: (وإن قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد :أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان، وقال محمد: تندفع) ش: أي الخصومة م: (لأنه لم يدع الفعل عليه) ش: أي على ذي اليد .

بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فألحقت بالعدم م: (فصار كما إذا قال: غصب

مني على ما لم يسم فاعله . ولهما: أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة ، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءًا للحد شفقة عليه ، وإقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ، وإن قال المدعي : ابتعته من فلان وقال صاحب اليد : أودعنيه فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة ، لأنهما لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته ، فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانًا وكله بقبضه ؛لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها والله أعلم.

مني على ما لم يسم فاعله) ش: لأن فيه تجهيل الغاصب م: (ولهما :) ش: أي ولأبي حنيفة ولأبي يوسف -رحمهما الله - : م: (أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة) ش: لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور .

م: (والظاهر: أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه) ش: أي لم يعين السارق م: (درءًا) ش: أي دفعًا م: (للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال: سرقت) ش: بالخطاب المذكر م: (بخلاف الغصب، لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه) ش: فإنه غير معذور في التجهيل م: (وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك أسقطت) ش: أي أشد إسقاطًا م: (الخصومة بغير بينة ، لأنهما لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة ، إلا أن يقيم البينة أن فلانًا وكله بقبضه ، لأنه أثبت بينته كونه أحق بإمساكها) ش: ولو طلب المدعي بينة على ما ادعى من الإيداع يحلف على الثبات .

ولو قال ذو اليد : أودعني وكيله لا يصدق إلا ببينة ، لأن الوكالة لا تثبت إلا بقوله ،م: (والله أعلم) .

* * *

باب ما يدعيه الرجلان

قال : وإذا ادعى اثنان عينًا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنهـا له وأقاما البينة قضى بها بينهما . وقال الشافعي -رحمه الله - في قول : تهاترتا،وفي قول : يقرع بينهما ، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحـالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة ، وقـد تعذر التمييز فيـتهاتران أو يصار إلى القرعة ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام أقرع فيه ، وقال :« اللهم أنت الحكم بينهما ».

م: **(باب ما يدعيه الرجلان)**

ش: أي هذا باب في بيان ما يدعيه الرجلان ، ولما فرغ من بيان حكم الواحد شرع في بيان حكم الاثنين ، لأنه بعد الواحد .

م: **(قـال)** ش: أي القدوري م: **(وإذا ادعى اثنان عـينًا في يد آخر كل واحـد منهما يزعـم أنها له وأقامـا البينة قضى بهـا بينهما . وقـال الشافعي، في قـول: تهاترتا)** ش: أي البينتان تساقطتا من التهر بكسر الهاء ، وهو السقط من الكلام والخطأ ، وهذا قوله القديم ، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية، م: **(وفي قول يقرع بينهما)** ش: ويقضي لمن خرجت قرعته ، وبه قال أحمد في رواية .

وفي قول للشافعي وأحمد في رواية : يقضي لمن خرجت قرعته بيمين، وعن مالك : يقضي بأعدل البينتين ، فإذا تساويا في العدالة يقسم بينهمـا نصفين . وقال الأوزاعي وابن الماجشون المالكي : يقضي بأكثرهم عددًا لزيادة طمأنينة القلب إلى قول الأكثر .

م: **(لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل)** ش: يعني في كل العين م: **(في حـالة واحدة ، وقـد تعذر التـمـييز)** ش: أي تمييز العادلة من الكاذبة ، فـإذا كـان كـذلك م: **(فيتهاتران)** ش: أي فيتساقطان م: **(أو يصار إلى القرعة ، لأنه عـليه الصلاة والسلام)** ش: لأن النبي ﷺ م: **(أقرع فـيه وقال :« اللهم أنت الحكم بينهـما »)** ش: هذا رواه الطبراني في «معجمه الأوسط» بإسناده إلى سعـيد بن المسيب عن أبي هريرة : أن رجلين اختـصـما إلى رسول الله ﷺ في شيء فأقام كل واحد منهما البينة ، فأقرع بينهما [1] هكذا ذكر الأترازي لفظه ، ولفظ الطبراني : فـأقام كل واحـد منهـما بشـهـود عدول في عدة واحـدة ، فساهم رسول الله ﷺ بينهما ، وقال : « اللهم

---

(١) ضعيف : عزه الزيلعي للطبراني في « الأوسط» ، وذكر إسناده قال : حدثنا علي بن سعيد الرازي ثنا أبو مصعب ثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن أسامة بن زيد عن بكير بن عبد الله بن الأشج ثنا سعيد بن المسيب عن أبي هريرة . . . مرفوعًا .

قلت: وإسناده ضعيف فيه شيخ الطبراني وهو فيه لين ، وأسامة بن زيد القرشي وهو ضعيف ، وقد خالف الليث بن سعد أسامة بن زيد فرواه عن بكير عن سعيد مرسلاً . رواه أبو داود في « المراسيل». (٣٥٨) ، ولا شك أن القول قول الليث ، وذكر الرواية موصولة منكر .

ولنا حديث تميم بن طرفة «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين »وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك ، والآخر اليد، فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف، إذ المحل يقبله ،

اقض بينهما» ، ورواه أبو داود عن ابن المسيب مرسلاً، وكذا رواه عبد الرزاق مرسلاً ، ورواه عبد الحق في أحكامه . وقال : وهذا مرسل ضعيف ، لأن عبد الرزاق رواه عن نعيم بن يحيى الأسلمي ،قال : هو متروك .

م: (**ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة ، فقضى بها بينهما نصفين**) ش:[1]هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة : حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة أن رجلين . . . إلخ ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن سماك بن حرب ، ورواه البيهقي في كتاب «المعرفة» عن الحاكم بسنده عن أبي عوانة أخبرنا سماك بن حرب به ، وقال هذا [. . .].

قلت: تميم بن طرفة الطائي المسلمي الكوفي من التابعين الثقات مات سنة خمس وتسعين ، وروى عنه مسلم بن طرفة، ولا يحتج بهذا لانقطاعه، ويحتج بحديث أبي هريرة، رواه إسحاق بن راهويه وابن حبان في «صحيحه»: أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين . وروى الطبراني في «معجمه» بإسناده عن جابر بن سمرة : أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير، فأقام كل واحد منهما شاهدين أنه له ، فجعله النبي ﷺ بينهما .

م: (**وحديث القرعة كان في الابتداء**) أي في ابتداء الإسلام م: (**ثم نسخ**) ش: بما حرم القمار وكان مباحًا، م: (**ولأن المطلق**) ش: بكسر اللام ، أي المجوز م: (**للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد**) ش: أي اعتمد اليد، لأن الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة ، لأن ذلك يثبت لا يطلع عليه العباد، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد شبهة الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك ، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك م: (**فصحت الشهادتان ،فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف ، إذ المحل يقبله**) ش: أي يقبل التنصيف

---

(١) ضعيف : عزاه الزيلعي لابن أبي شيبة في « المصنف» وذكر إسناده قال : حدثنا أبو الأحوص عن جمال عن تميم بن طرفة؛ وعزاه لعبد الزراق في « المصنف» أيضًا قال : أخبرنا الثوري وإسرائيل عن سماك به . ورواه البيهقي في« السنن (١٠/ ٢٥٩) ، عن أبي عوانة ثنا سماك بن حرب به، وقال : هذا منقطع . قلت : مع ضعف سماك بن حرب نفسه .

وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق. قال :فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة ، وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال:ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ،وهذا إذا لم تؤقت البينتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى ، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما . وإن أقام الآخر البينة قضي بها، لأن البينة أقوى من الإقرار ، ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه ، إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقًا، لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت

وصار هذا كالمعلل سرجه ، نحو إن باع فضولي مال آخر ، وباع فضولي من آخر ذلك المال وأجاز مالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف ، فكذا هذا .

م: (**وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق:**) ش: إن المدعي قابل للاشتراك ، فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في الشركة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ؛ لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال:**) ش: أي القدوري م: (**ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين**) ش: قال السعدي : لا يترجح أحدهما إلا بإحدى معان ثلاث : أحدها : إقرار المرأة ، والثاني : كونها في يد أحدهما ، والثالث : دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر أن نكاحه أسبق ، كذا في «الخلاصة» .

م: (**وهذا**) ش: أي الحكم المذكور م: (**إذا لم تؤقت البينتان**) ش: أي إذا لم يذكر تاريخًا ، م: (**فأما إذا وقتا**) ش: أي ذكر كل واحد منهما تاريخًا م: (**فصاحب الوقت الأول**) ش: أي التاريخ السابق م: (**أولى**) ش: لما فيه من زيادة الإثبات ، ولأنه لا معارض له في ذلك الزمان فقضى به في ذلك الزمان م: (**وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما**) ش: على الزوجية ؛ لأنها ليست في يد أحد وهي في يد نفسها ، فيعتبر إقرارها بالزوجية م: (**وإن أقام الآخر البينة قضى بها؛ لأن البينة أقوى من الإقرار**) ش: لأن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة .

م: (**ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ،لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه**) ش: أي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الأول لاتصال القضاء بالأول م: (**إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقًا**) ش: على شهود ، فحينئذ ينتقض الأول م: (**لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت**

المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق. قال : ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصارا كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما

المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق) ش: أي إلا على وجه : أن بينته تشهد أن نكاحه قبل نكاح الأول ، فحينئذ ينتقض نكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين، وهذا كله إذا كان التنازع حال قيام المرأة، أما إذا كان بعد وفاة المرأة فهذا على وجوه ، ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح له والميراث له ويجب عليه تمام المهر؛ وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منهما ميراث زوج واحد.

فرق بين الدعوى في حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة، والفرق أن المقصود في حالة الحياة هي المرأة وهي لا تصلح مشتركة بينهما، والمقصود بعد الوفاة ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تتجزأ. هكذا ذكر في« الفضول».

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد**) ش: قال المصنف : م: (**معناه**) ش: أي معنى كلام القدوري م: (**من صاحب اليد**) ش: إنما قال هذا احترازاً عما سيأتي بعد هذه المسألة وهي أنه لو ادعى كل واحد الشراء من غير ذي اليد فهو لا يخلو إما أن يدعي الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء في الكتاب م: (**وأقاما بينة**) ش: بينة من غير توقيت م: (**كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب**) ش: وبه قال مالك في رواية، وأحمد في رواية ، والشافعي في رواية . وقال الشافعي - رحمه الله - في قول آخر: يقرع ؛ وبه قال أحمد في رواية .

وعن الشافعي قول: « تسقط البينتان» ويرجع إلى البائع فإن صدق أحدهما سلم إليه ، وهل يحلف الآخر على القولين؟ والأصح لا يرجح بإقرار البائع .

وبه قال أكثر أصحابه ، بل يقسم نصفين أو يقرع، م: (**فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل، وأجاز المالك البيعين**) ش: قضى بينهما نصفين م: (**يخير كل واحد منهما**) ش: أي من الاثنين الذي ادعى كل واحد أنه اشترى هذا العبد .

لأنه تغير عليه شرط عقده ، فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد . وإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما : لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه ، لأنه صار مقضيًا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه ، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع ؛ لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف

م: (**لأنه تغير عليه شرط عقده**) ش: وهو رضاه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق المصنفة عليه م: (**فلعل رغبته في تملك الكل**) ش: أي كل العبد م: (**فيرده ويأخذ كل الثمن**).

ش: فإن قيل: كذب أحد البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كاملاً في وقت واحد ، فينبغي أن تبطل البينات؟ . أجيب: بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد ، فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سببًا في وقت أطلق له الشهادة به م: (**لو أراد**) .

م: (**وإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما: لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيًا عليه في النصف ، فانفسخ البيع فيه**) ش: أي في النصف ، لأنه صار مقضيًا عليه بالنصف لما قضى القاضي بينهما بالبيع تضمن قضاؤه فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف ، فلا يعود إلا بتجديد العقد، م: (**وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه**) ش: أي لثبوت استحقاقه م: (**بالبينة**).

ش: وهذا جواب عما يقال : وهو يدع ، فكيف يكون مقضيًا عليه؟ ، فأجاب: بقوله« لظهور استحقاقه» ، أي لثبوت استحقاقه بالبينة ، وهذا لأن استحقاق كل واحد للكل ثابت نظراً إلى بينته ، وإذا لم يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه ، وهو معنى قوله : م: (**لولا بينة صاحبه**) ش: يعني لولا بينة صاحبه أظهر استحقاقه في الكل وقد انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بإسناد جديد .

م: (**بخلاف ما لو قال ذلك**) ش: أي قوله« لا أختار» م: (**قبل تخيير القاضي**) ش: وهو القضاء عليهم: (**حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه**) ش: أي أثبت شراءه في الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي بيعه في شيء ، وإنما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه له ، فإذا زالت المزاحمة قضى له بالكل .

وفي نسخة شيخي العلامة العلاء بعد قوله «ولم يفسخ سببه» م: (**والعود إلى النصف**

للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء. ولو ذكر كل واحد منهما تاريخًا فهو للأول منهما ، لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به . ولو وقتت إحداهما ولم تؤقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت ، واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ، وإن لم يذكرا تاريخًا ومع أحدهما قبض فهو أولى ، ومعناه أنه في يده

للمزاحمة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء) ش: انتهى بيانه فيما ذكرنا الآن بقولنا : لأن القضاء له بالنصف إلى آخر قوله : ونظيره إلى نظير ما إذا قال أحد المدعيين : لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي ، حيث يكون للآخر أخذ الجميع تسليم أحد الشفيعين ، يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للآخر بجميع الدار إن سلم بعد القضاء لا يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله : نظائر الأول تسليمه بعد القضاء .

م: (**ولو ذكر كل واحد منهما تاريخًا**) ش: أي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد وأقام كل منهما بينة بالتاريخ م: (**فهو للأول منهما**) ش: أي للأسبق منهما بالتاريخ ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - ، واختاره المزني ويحكم من نص الشافعي في قول البويطي : أنه لا ترجيح فيه بالسبق م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذي قامت بينته بالسبق م: (**أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به**) ش: أي اندفع الآخر من الاثنين المذكورين به ، أي بإثبات الشراء في زمن لا تعارضه البينة الأخرى ، وهو استحقها في ذلك الوقت ، فتبين أن الآخر اشتراه من غير المالك ، فكان باطلاً بخلاف ما إذا كانت البينتان مطلقتين ومؤرختين بتاريخ واحد ، فإنه لا يعلم شراء أحدهما من غير المالك ، فتعارضتا .

م: (**ولو وقتت إحداهما**) ش: أي ولو ذكر أحد البينتين التاريخ م: (**ولم تؤقت الأخرى**) ش: أي البينة الأخرى م: (**فهو لصاحب الوقت**) ش: وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي قول أحدهما سواء ، وبه قال أحمد م: (**لثبوت الملك**) ش: أي ملك صاحب الوقت م: (**في ذلك الوقت، واحتمل الآخر**) ش: أي الوقت الآخر م: (**أن يكون قبله**) ش: أي قبل الوقت الأول م: (**أو بعده**) ش: أو يكون بعد الوقت الأول ، فإذا كان كذلك م: (**فلا يقضى له بالشك**) ش: لأن الحكم لا يثبت بالشك .

م: (**وإن لم يذكرا تاريخًا ومع أحدهما قبض فهو أولى**) ش: هذا كلام القدوري ، وقال المصنف : م: (**ومعناه**) ش: أي معنى كلام القدوري ومع أحدهما قبض م: (**أنه في يده**) ش: أي القبض ثابت في يده معاينة ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله و«مع أحدهما قبض» يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان ، وهو في الحال في يد البائع .

لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ،ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا لو ذكر الآخر وقتًا لما بيناه إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد؛لأن الصريح يفوق الدلالة . قال : وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبة وقبضًا معناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا ، والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم ؛ لأنه يرجع إلى المال ،

ويجوز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا ، حيث ذكر في «الذخيرة» ثبوت يد أحدهما بالمعاينة ، م: (**لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ، ولأنهما**) ش: أي ولأن الاثنين م: (**استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا إذا ذكر الآخروقتًا**) ش: أي إذا ذكر بينة الآخر وقتًا لم ينتفع به ولا يعلم فيه خلاف ، لأن القبض إذا وجد ولم ينتقض بالشك ووقت الآخر يحتمل ، فلا ينتقض اليد الثابتة بيقين م: (**لما بيناه**) ش: أشار به إلى قوله لأن تمكنه من قبضة . . .إلخ .

م: (**إلا أن يشهدوا**) ش: أي الشهود الخارج م: (**أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة**) ش: فإذا كان كذلك فينتقض به إليه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبة وقبضًا**) ش: أي ادعى هبة وقبضًا ، وهذا كلام القدوري . وقال المصنف : م: (**معناه من واحد**) ش: أي كلام القدوري من رجل واحد ، لأنه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر يكون بينهما نصفين ، فلا يكون الشراء أولى وسيجيء ذلك، م: (**وأقاما بينة**) ش: إن أقام كل واحد بينة بما ادعاه م: (**ولا تاريخ معهما**) ش: ،أو والحال أن واحدًا منهما ليس معه تاريخ م: (**فالشراء أولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين**) ش: أي من جانب البائع وجانب المشتري بخلاف الهبة فإنها ليست بمعاوضة .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الشراء م: (**يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض**) ش: لأنها لا تتم إلا بالقبض، م: (**وكذا الشراء والصدقة مع القبض**) ش: يعني إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض م: (**لما بينا**) ش: أشار بها إلى قوله : « لأن الشراء أقوى من الهبة» م: (**والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع**) ش: والافتقار إلى القبض، م: (**ولا ترجيح باللزوم**) ش: هذا جواب عما يقال : لا نسلم التساوي ، فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة .

وتقرير الجواب : أنه لا ترجيح باللزوم؛ م: (**لأنه يرجع إلى المال**) ش: أي مما يظهر أثره في

حيث يكون البناء للمقر له لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار . ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ،فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر له: إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك ، قال : هذا على وجوه : أحدها: هذا ، وهو أن يصدقه ويسلم العبد ، وجوابه ما ذكرنا ، لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة. والثاني : أن يقول المقر له :العبد عبدك ما بعتكه ، وإنما بعتك عبداً غير هذا ، وفيه المال اللازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له ، وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود.

هذه الدار لي والأرض لفلان م: (**حيث يكون البناء للمقر له**) ش: مع الأرض خلافًا للأئمة الثلاثة -رحمهم الله-، م: (**لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار**) ش: حيث تكون الأرض والبناء للمقر وإن استثنى البناء ، لأن البناء داخل في الإقرار ، كما أن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء، لأن الإقرار بالأصل إقرار بالتبع .

م: (**ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر له: إن شئت فسلم العبد وخذ الألف ، وإلا فلا شيء لك**) ش: إلى هنا لفظ القدوري-رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي المصنف -رحمه الله- م: (**هذا**) ش: أي المذكور م: (**على وجوه : أحدها : هذا**) ش: أي الذي ذكره القدوري .

م: (**وهو أن يصدقه**) ش: أي يصدق المقر له المقر .

م: (**ويسلم العبد ، وجوابه**) ش: أي جواب هذا الوجه م: (**ما ذكرنا**) ش: وهو أن يقال للمقر له : إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك، م: (**لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة**) ش: فلو علمنا أنه اشترى منه هذا العبد في يده كان عليه ألف درهم ، كذا ها هنا .

م: (**والثاني**) ش: أي الوجه الثاني .

م: (**أن يقول المقر له : العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبداً غير هذا وفيه المال اللازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود**) ش: كما لو قال : لك علي ألف عصبة صك .

وقال : لا بل استقرضت مني ، ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له .

وقال الكاكي : لأن الأسباب مطلوبة بأحكامها لا بأعيانها ، ولا يعتبر التكاذب

والثالث : أن يقول العبد عبدي ما بعتك ، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء؛ لأنه ما أقر بالمال إلا عوضًا عن العبد ، فلا يلزمه دونه.ولو قال مع ذلك: إنما بعتك غيره يتحالفان ؛ لأن المقر يدعي تسليم من عينه ، والآخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره ، والآخر ينكر ، فإذا تحالفا بطل المال . وهذا إذا ذكر عبداً بعينه.وإن قال: من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله: ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأنه رجوع، فإنه أقر بوجوب المال رجوعًا إلى كلمة «علي» وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً ؛لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع، فيمتنع بوجوب نقد الثمن ،وإذا كان كذلك كان رجوعًا فلا يصح وإن كان موصولاً .

في السبب بعد اتفاقها على وجوب أصل المال .

م: (والثالث) ش: أي الوجه الثالث : م: (أن يقول: العبد عبد ما بعتك ، وحكمه: أن لا يلزم المقر شيء ، لأنه ما أقر بالمال إلا عوضًا عن العبد فلا يلزمه دونه) ش: فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ، وفي هذا أيضًا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر له ، لأنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد .

م: (ولو قال مع ذلك) ش: أي ولو قال المقر له مع إنكار العبد المقر به : ما بعتكه م: (إنما بعتك غيره يتحالفان) ش: لأن كل واحد مدع ومنكر ، أشار إليه بقوله : م: (لأن المقر يدعي تسليم من عينه ، والأخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره ، والآخر ينكر فإذا تحالفا بطل المال) ش: يعني بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده، م: (وهذا) ش: أي هذا المذكور م: (إذا ذكر عبداً بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله: ما قبضت، عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأنه رجوع ، فإنه أقر بوجوب المال رجوعًا إلى كلمة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً) ش: لأن ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك إذ لا طريق للتوصل إليه ، لأن ما من عبد يحضره إلا والمشتري يقول المبيع غير هذا ، وتسليم الثمن لا يجب إلا بعد إحضار المعقود عليه ، فعرفنا إنه في حكم المستهلك وثمن المستهلك غير واجب ، إلا أن يكون مقبوضًا فيكون الإقرار بوجوب ثمنه إقرارًا بقبضه . وإذا أقر بالقبض يكون قوله لم أقبضه رجوعًا بعد الإقرار .

م: (لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة ، بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع ، فيمتنع وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعًا فلا يصح وإن كان موصولاً) ش: بيانه : أن أول كلامه إقرارًا يوجب الثمن ، وآخر يوجب سقوطه وذلك رجوعًا فلا يصح وإن كان موصولاً .

م: (وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء) ش: كما في

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء ، وإن فصل لم يصدقه إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد ، وإن أقر أنه باعه متاعًا فالقول قول المقر. ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببًا وهو البيع ، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانًا مغيراً ؛ لأن صدر كلامه للوجوب مطلقًا وآخره يحتمل إنتفاءه على إعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً . ولو قال : ابتعت منه عينًا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع ؛لأنه ليس من ضرورة البيع القبض، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن . قال :وكذا لو قال: من ثمن خمر أو خنزير ، ومعنى المسألة إذا قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة - رحمه الله - وصل أم

المتن ، وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**وإن فصل لم يصدقه إذا أنكر المقر ، له أن يكون ذلك من ثمن عبد . وإن أقر أنه**) ش: أي أن المقر له م: (**باعه متاعًا فالقول قول المقر . ووجه ذلك**) ش: أي وجه كون القول للمقر م: (**أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببًا**) ش: يعني أن قوله : لفلان علي ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه ، وقوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب م: (**وهو البيع ، فإن وافقه الطالب**) ش: وهو المقر له م: (**في السبب**) ش: قال الأكمل : [وفيه] -رحمه الله- ونظر ، لأن قوله : « فإن وافقه الطالب في السبب» شرط ، فلا بد من جوابه ، وقوله م: (**وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض**) ش: لا يصلح لذلك ، أي كالبيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري، أي وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع متزلزل ، لأنه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن ، والمدعي الذي هو المقر له يدعي قبض الثمن، م: (**والمقر ينكره ، فيكون القول قوله**) ش: أي للمنكر .

م: (**وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانًا مغيراً ؛ لأن صدر كلامه للوجوب مطلقًا**) ش: لأن مقتضى أول الكلام أن يكون مطالبًا بالمال في الحال رجوعًا إلى كلمة «علي» م: (**وآخره**) ش: أي وآخر الكلام م: (**يحتمل انتفاءه**) ش: أي انتفاء الوجوب، م: (**على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً**) ش: كالاستثناء .

م: (**ولو قال: ابتعت منه عينًا**) ش: أي مبيعًا م: (**إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**لأنه ليس من ضرورة البيع القبض**) ش: فإن الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال م: (**بخلاف الإقرار بوجوب الثمن**) ش: فإن من ضرورته القبض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وكذا لو قال : من ثمن خمر أو خنزير**) ش: وقال المصنف : م: (**ومعنى المسألة**) ش: أي المسألة التي ذكرها القدوري م: (**إذا قال : لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة -رحمه الله- وصل أم**

فصل، لأنه رجوع، لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً، وأول كلامه للوجوب. وقالا: إذا وصل لا يلزمه شيء، لأنه بين بآخر كلمه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره: إن شاء الله. قلنا ذاك تعليق، وهذا إبطال. ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن متاع، أو قال: أقرضني ألف درهم ثم قال: هي زيوف

فصل، لأنه رجوع، لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبًا، وأول كلامه للوجوب) ش: وهو قوله: «علي» فيكون رجوعًا عن الإقرار فلا يصدق، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في الأصح وأحمد -رحمه الله- ولم يذكر القدوري في «مختصره» الخلاف، وإنما ذكره الأسبيجابي.

م: (وقالا) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: م: (إذا وصل لا يلزمه شيء) ش: وبه قال مالك والشافعي -رحمه الله- في قول وإسحاق، واختاره المزني م: (لأنه) ش: أي لأن المقر م: (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب) ش: وقال الأسبيجابي: مما مرا على أصلهما، لأن هذا بيان مغير، ولكن هذا فيما إذا كذبه الطالب، أما إذا صدق في ذلك لا يلزمه شيء في قولهم جميعًا، لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة، وكذا الحكم فيها إذا قال: من ثمن خمر أو ميتة أو دم.

وفي «الأجناس»: رواية هشام لو قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان. وقال الطالب: بل هو من ثمن المال لازم للمطوب في قول أبي حنيفة -رحمه الله- مع يمين الطالب، وقال: القول قول المطلوب مع يمينه ولا شيء عليه، ألا ترى أنه لو قال علي درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلاً، ثم قال في «الأجناس»: من ذكر «في نوادر أبي يوسف» -رحمه الله- رواية ابن سماع: لو قال: لفلان علي ألف درهم حرام أو باطل لزمه في قول أبي حنيفة -رحمه الله.

وفي «الذخيرة»: لو قال: له علي ألف درهم حرام أو ربا لزمه الألف، لأن الحرام عنده لعله يكون حلالاً عند غيره، ولعل الربا عنده ليس بربا عند غيره. ولو قال: له علي ألف زوراً وباطل إن صدقه فلان فلا شيء عليه، وإن كذبه فعليه الألف.

م: (وصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا قال في آخره: إن شاء الله تعالى) ش: يعني إن وصل يصدق، وإن فصل لا يصدق فلذا م: (قلنا:) ش: هذا جواب عن قياسها على مسألة الاستثناء بالمشيئة، تقريره أن يقال: م: (ذاك تعليق) ش: بالشرط، والتعليق بالشرط من باب التغيير، فيصح موصولاً م: (وهذا) ش: أي الذي نحن فيه م: (إبطال) ش: والإبطال رجوع فلا يصح.

م: (ولو قال: له علي ألف درهم من ثمن متاع، أو قال: أقرضني ألف درهم ثم قال: هي زيوف)

أو نبهرجة ، وقال المقر: له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة- رحمه الله - ، وقالا: إن قال: موصولاً يصدق ، وإن قال: مفصولاً لا يصدق ، وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال : إلا أنها زيوف ، وعلى هذا إذا قال : لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع . لهما :أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بيانًا مغيراً من هذا الوجه ، وصار كما إذا قال : إلا أنها وزن خمسة . ولأبي حنيفة - رحمه الله - :أن هذا رجوع ؛لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه ،

ش: جمع زيف، وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال م: (أو بنهرجة) ش: هو دون الزيوف ، لأن التجارة ترده ،م: (وقال المقر له :جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة -رحمه الله-) ش: وصل أم فصل م: (وقالا) ش: أي قال : أبو يوسف ومحمد م: (إن قال: موصولاً يصدق وإن قال: مفصولاً لم يصدق) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله- م: (وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي ستوقة) ش: وهي أردأ من النبهرجة م: (أو رصاص) ش: أي أو قال: هي رصاص ؛ فلا يصدق عند أبي حنيفة -رحمه الله- وصل أم فصل ، وعندهما : يصدق إن وصل .

وفي « جامع قاضي خان» : عن أبي يوسف فيه روايتان في رواية مع أبي حنيفة ، وفي رواية مع محمد م: (وعلى هذا) ش: الخلاف م: (إذا قال : إلا أنها زيوف ، وعلى هذا إذا قال : لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع) ش: تجري الزيوف وتجري الصفة على المعدود دون العدد ، كقوله تعالى: ﴿ سبع بقرات سمان ﴾ (يوسف : الآية ٤٧) .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله-: م: (أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط) ش: والتعليق م: (والاستثناء ، وهذا) ش: توضيح لما قبله، م: (لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) ش: لأنها من جنس الدراهم حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ، ولا يصير استبدالاً م: (والستوقة بمجازه) ش: لأن الستوقة تسمى دراهم مجازاً والنقل من الحقيقة إلى المجاز بيان تغير ، فيصح موصولاً ومفصولاً م: (إلا أن مطلقه) ش: أي مطلق اسم الدراهم م: (ينصرف إلى الجياد) ش: لأن أكثر النقود تكون جياداً ، إلا أن بياعات الناس تكون بالجياد عادة م: (فكان بيانًا مغيراً من هذا الوجه) ش: أي من الوجه المذكور ، فلذلك شرط له الوصل م: (وصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا قال: إلا أنها وزن خمسة) ش: أو ستة ، ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً ولم يصدق إن كان مفصولاً .

م: (ولأبي حنيفة -رحمه الله- :إن هذا رجوع ؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب ، والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) ش: أي موجب العقد ؛ لأن إبطال

وصار كما إذا قال : بعتكه معيبًا. وقال المشتري: بعتنيه سليمًا ، فالقول للمشتري لما بينا ، والستوقة ليست من الأثمان ، والبيع يرد على الثمن ، فكان رجوعًا . وقوله: إلا أنها وزن خمسة يصح الاستثناء؛ لأنه مقدار بخلاف الجودة ، لأن إستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ، بخلاف ما إذ قال: علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة ، لأن الرداءة نوع لا عيب، فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها . وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض: أنه يصدق في الزيوف إذا وصل ؛لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض ، وقد يكون زيفًا كما في الغصب .

بعض ما هو مستحق بالعقد فلا يصدق، وإن وصل م: (وصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا قال: بعتكه معيبًا ، وقال المشتري : بعتنيه سليمًا، فالقول للمشتري لما بينا) ش: أشار به إلى قوله« مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب ».

م: (والستوقة ليست من الأثمان) ش: أي ليست من جنس الأثمان ،م: (والبيع يرد على الثمن فكان) ش: أي فكان دعواه على تأويل الادعاء ، يعني دعواه الستوقة م: (رجوعًا) ش: عن الإقرار فلا يصح، م: (وقوله إلا أنها وزن خمسة) ش: هذا جواب عما استشهد به ، تقريره : أنه ليس مما نحن فيه ، لأن قوله هذا م: (يصح الاستثناء ، لأنه مقدار بخلاف الجودة ، لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار) ش: لأنه لا يجوز .

توضيحه : أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف ، لأن الصفة مما لم يتناوله وله اسم الدراهم حتى يستثنى ، وإنما يثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة .

م: (بخلاف ما إذا قال : علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب) ش: لأن العيب ما يخلو عند الفطرة السليمة والحنطة قد تكون رديئة م: (فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها) ش: أي عن الرداءة ، ولهذا لا يصح شراء الحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة فليس في بيانه تغيير موجب أو لكلامه ، فيصح وصل أم فصل، إذ مقتضى العقد لا يقتضي نوعًا دون نوع ، فلا يستحق نوع بمطلق العقد ، بخلاف الزيادة فإنها عيب ، ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها .

م: (وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض) ش: المراد بالأصول الجامعان و«الزيادات» و«المبسوط» وغيرها ظاهر الرواية . وعن الأمالي والنوادر والورقيات فإنها روايات ، والكيسانيات بغير ظاهر الرواية م: (أنه يصدق في الزيوف إذا وصل) ش: إذا قال لفلان علي ألف درهم قرض ،أما إذا قطع كلامه ثم قال : بعد زمان هي زيوف، لا يصدقه باتفاق الروايات، م: (لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون) ش: المقبوض م: (زيفًا) ش: والقرض يقضي بالمثل، م: (كما في الغصب) ش: يكون المغصوب زيفًا ، لأن الواجب فيه مثل المقبوض ، والجامع

ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها . ولو قال : لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض ، قيل: يصدق بالإجماع ؛ لأن إسم الدراهم يتناولها ، وقيل :لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم . ولو قال: اغتصبت منه ألفًا أو قال: أودعني ثم قال: هي زيوف أو نبهرجة صدق ، وصل أم فصل ؛لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل ، فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ، ولهذا لو جاء زاد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله . وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتباراً بالقرض ، إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ،

بينهما أن كلا منهما يوجب الضمان بالقبض، م: (ووجه الظاهر) ش: أي ظاهر الرواية : م: (أن التعامل) ش: يكون بين الناس م: (بالجياد فانصرف مطلقه) ش: أي مطلق القرض م: (إليها) ش: أي إلى الجياد، فيجب عليه ذلك ثم دعواه الزيافة لا تقبل ، لأنه رجوع عما أقر به .

م: (ولو قال :لفلان علي ألف درهم زيوف ، ولم يذكر البيع والقرض ، قيل: يصدق بالإجماع لأن إسم الدراهم يتناولها) ش: أي الزيوف م: (وقيل: لا يصدق) ش: أي عند أبي حنيفة-رحمه الله- وصل أم فصل م: (لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم) ش: وهو الغصب المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة ، وعند زفر -رحمه الله- يبطل إقراره إذا قال المقر: له جياد . م: (ولو قال اغتصبت منه ألفًا أو قال: أودعني ثم قال: هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل ، لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد) ش: لأن المقتضى في عقود المعاوضة م: (ولا تعامل) ش: أي في غصب الجياد ولا في إيداع الجياد بخلاف الاستقراض ، فإن المتعامل فيه بالجياد ، كذا قاله تاج الشريعة .

وقال شيخ العلاء : وهذا إشارة إلى الجواب عن فصل القرض ، فإن في القرض إن لم يوجد المقتضى ، فقد وجد التعامل والناس يتعاملون بالجياد فينصرف إلى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف إلى الجياد، م: (فيكون) ش: أي قول المقر م: (بيان النوع فيصح وإن فصل) ش: ،وقال الشافعي وأحمد: إذا فصل لم يصدق ، وهو رواية عن أبي يوسف في الغصب م: (ولهذا) ش: أي ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد م: (لو جاء زاد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله) ش: فإن الاختلاف متى وقع وصفه المقبوض فالقول للقابض ضمينًا أو أمينًا .

م: (وعن أبي يوسف -رحمه الله-: أنه لا يصدق فيه) ش: أي في الغصب م: (مفصولاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما) ش: أي في الغصب والقرض م: (هو الموجب للضمان) ش: وجوابه يعلم مما تقدم .

ولو قال: هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق؛ لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم، لكن الاسم يتناولها مجازاً، فكان بيانًا مغيراً فلا بد من الوصل وإن قال: في هذا كله ألفاً ثم قال: إلا أنه ينقص كذا لم يصدق، وإن وصل صدق، لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا، بخلاف الزيافة؛ لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا. ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتزاز عنه. ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله، لأن الغصب لا يختص بالسليم. ومن قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال: لا بل أخذتها غصبًا فهو ضامن،

م: (ولو قال: هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق؛ لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم، لكن الاسم) ش: أي اسم الدراهم م: (يتناولها) ش: أي الستوقة م: (مجازًا) ش: لمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة م: (فكان بيانًا مغيراً فلا بد من الوصل) ش: أي فكان مغيراً لما اقتضاه أول كلامه، لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وآخر كلامه يبين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة، وبين التفسير يصح موصولاً لا مفصولاً.

م: (وإن قال: في هذا كله ألفًا) ش: يعني المذكور من البيع والقرض والغصب، صورته إذا أقر وقال: لفلان علي ألف درهم، أو قال: أودعني ألف درهم، أو قال: غصبت ألف درهم أو أقرضني ألف درهم، أو قاضى ألف درهم، م: (ثم قال: إلا أنه ينقص كذا لم يصدق؛ وإن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار) ش: أي استثناء لبعض ما أقر به من المقدار م: (والاستثناء يصح موصولاً، بخلاف الزيافة، لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو) ش: فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى م: (تصرف لفظي) ش: يعني تصرف في الملفوظ لا فيما في غيره، م: (كما بينا) ش: أنه لا يصح إلا موصولاً.

م: (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام، بانقطاع نفسه فهو واصل) ش: يعني يصح الاستثناء إذا كان الفصل للضرورة المذكورة م: (لعدم إمكان الاحتراز عنه) ش: لأن الإنسان يحتاج أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء، ولا يقدر أن يتكلم بكلام كثير بنفس واحد، فجعل ذلك عفواً وعليه الفتوى، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

م: (قال) ش: أي القدروي -رحمه الله- م: (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله؛ لأن الغصب لا يختص بالسليم) ش: وسواء وصل أم فصل م: (ومن قال لآخر: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) ش: أي لقوله: م: (لا بل أخذتها غصبًا فهو ضامن) ش: أي المقر ضامن، والقول قوله مع يمينه.

فإن قال: أعطيتنيها وديعة فقال: لا بل غصبتنيها لم يضمن . والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان ، وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين . وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين ، والقبض في هذا كالأخذ ، والدفع كالإعطاء . فإن قال قائل : الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه. فنقول: قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه . ولو اقتضى ذلك ، فالمقتضى ثابت ضرورة ، فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان ، وهذا بخلاف ما إذا قال : أخذتها منك وديعة ،وقال الآخر:بل قرضًا حيث يكون القول للمقر، وإن أقر بالأخذ ؛ لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن ،إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا.

م: (**فإن قال: أعطيتنيها وديعة فقال**) ش: أي المقر له م: (**لا بل غصبتنيها لم يضمن ، والفرق**) ش: بين المسألتين م: (**أن في الفصل الأول**) ش: هو قوله : أخذت منك ألف درهم وديعة م: (**أقر بسبب الضمان وهو الأخذ**) ش: لقوله عليه السلام: «**على اليد ما أخذت حتى ترد**» .

وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائمًا مقام الأصل، م: (**ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن**) ش: من الإبراء وهو الإذن بالأخذ م: (**والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين**) ش: إلا أن ينكل المقر له عن اليمين م: (**وفي الثاني**) ش: وفي نظر الثاني م: (**أضاف الفعل إلى غيره**) ش: وهو المقر له م: (**وذاك**) ش: أي ذلك الغير وهو المقر له م: (**يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين ، والقبض في هذا كالأخذ**) ش: يعني لو قال المقر: قبضت منك ألف درهم وديعة ، فقال المقر له : غصبتها كان ضامنًا ، كان إذا قال : أخذتها وديعة، م: (**والدفع كالإعطاء**) ش: يعني لا يضمن المقر إذا قال : دفعت إلي ألف درهم وديعة فقال المقر له : غصبتها ، كما لو قال : أعطيتني .

م: (**فإن قال قائل : الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول: قد يكون**) ش: أي القبض م: (**بالتخلية والوضع بين يديه**) ش: وهو الجواب بطريق المنع ، ثم قال بطريق التسليم : م: (**ولو اقتضى ذلك**) ش: أي وإن سلمنا أنه اقتضى ذلك كل واحد من التخلية ، والموضع بين يديه قبض ثابت ضرورة ، يعني بطريق الضرورة، فلا يشهر في انعقاد سبب الضمان، م: (**فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده**) ش: فلا يقتضي ثبوته بالضرورة يكون م: (**سبب الضمان ، وهذا**) ش: أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له : أخذتها غصبًا .

م: (**بخلاف ما إذا قال :أخذتها منك وديعة ؛ وقال الآخر : بل قرضًا حيث يكون القول للمقر ، وإن أقر بالأخذ؛ لأنهما توافقا هناك**) ش: أي في القرض م: (**على أن الأخذ كان بالإذن**) ش: وهو السبب مسقط للضمان م: (**إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا**) ش: أي

فإن قال: هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان: هي لي فإنه يأخذها ؛لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر . ولو قال: أجرت دابتي هذه فلانًا فركبها وردها، أو قال آجرت ثوبي هذا فلانًا فلبسه ورده، وقال فلان : كذبت وهما لي فالقول قوله، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان، ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان: الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح . وجه القياس ما بيناه في الوديعة . وجه الاستحسان وهو الفرق: أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه، وهو المنافع فيكون عدمًا

حكم الوديعة والقرض) .

م: (فإن قال : هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان: هي لي ، فإنه) ش: أي فإن فلانًا م: (يأخذها ،لأنه) ش: أي لفلان وادعى استحقاقها عليه ، أي لأن المقر م: (أقر باليد له) ش: أي لفلان م: (وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر . ولو قال :أجرت دابتي هذه فلانًا فركبها وردها، أو قال: أجرت ثوبي هذا فلانًا فلبسه ورده ،وقال فلان: كذبت وهما لي فالقول قوله، وهذا) ش: أي كون القول قوله م: (عند أبي حنيفة -رحمه الله -) .

م: (وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو القياس) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وفي «المبسوط» و«الإيضاح» : وهذا كله إذا لم تكن الدابة والثوب للمقر، أما إذا كان معروفًا فإن الدابة والثوب والدار للمقر، فقال: أعرته لفلان وقبضه فالقول قوله بالإجماع م: (وعلى هذا الخلاف) ش: أي الخلاف المذكور م: (الإعارة والإسكان) ش: بأن قال : أعرتك داري هذه ثم رددتها علي، وأسكنتك داري ثم رددت ، وقال الآخر: داري .

م: (ولو قال : خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته، وقال : فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) ش: ، احترز به عن قول بعضهم فإنهم قالوا: القول قول المقر بالإجماع، ويكون ذلك دليلاً لأبي حنيفة -رحمه الله- ، ولكن مشايخنا -رحمهم الله- قالوا : على الاختلاف أيضًا .

م: (وجه القياس : ما بيناه في الوديعة) ش: وهو قوله : «إن المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه » فوجب عليه الرد كما في الوديعة .

م: (وجه الاستحسان وهو الفرق: أن اليد في الإجارة والإعارة) ش: بين الإجارة والوديعة : أن اليد في الإجارة والإعارة م: (ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع ، فيكون عدمًا)

فيما وراء الضرورة ،فلا يكون إقراراً له باليد مطلقًا بخلاف الوديعة ؛لأن اليد فيها مقصودة ، والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافًا باليد للمودع .ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ، ولا كذلك في مسألة الوديعة ؛لأنه قال فيها :كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه ، حتى لو قال : أودعتها كان على هذا الخلاف ، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها ؛لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الإجارة في كتاب الإقرار أيضًا ، وهذا بخلاف ما إذا قال : اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه ، أو أقرضته ألفًا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله ؛

ش: أي اليد م: (**فيما وراء الضرورة ، فلا يكون إقرارٌ له باليد مطلقًا**) ش: أي قصداً من كل وجه م: (**بخلاف الوديعة ؛ لأن اليد فيها مقصودة ، والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافًا باليد للمودع**) .

م: (**ووجه آخر**) ش: أي في الفرق م: (**أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته**) ش: أي في كيفية ثبوت اليد بالطريق ،كان كما لو قال: هذا عبدي بعته من فلان ولم يقم العبد إليه بعد ، فقال المقر :لم اشتره كان القول قول المقر. وإن زعم الآخر خلاف، م: (**ولا كذلك في مسألة الوديعة ؛ لأنه قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون من غير صنعه**) ش: بأن هبت الريح وألقته في داره ، وكاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها م: (**حتى لو قال : أودعتها كان على هذا الخلاف**) ش: المذكور، م: (**وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها**) ش: أي الإعارة والإسكان ، وإنما ذكر ضمير الراجع على الإجارة على تأويل العقد احترز بهذا عن قول الإمام علي القمي فإنه ذكر في الفرق أنه في مسألة الوديعة أخذتها منه يلزم جزاء الأخذ الرد ، وهنا قال فردها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع .

وقالوا في شروح «الجامع الصغير» : هذا الفرق ليس بشيء م: (**لأنه**) ش: أي لأن محمداً م: (**ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الإجارة في كتاب الإقرار أيضًا**) ش: فعلم أنه ليس يدري الفرق عليه ؛ وأما علي القمي فهو علي بن موسى تلميذ محمد بن شجاع البلخي ، وهو تلميذ الحسن بن زياد ، وهو تلميذ أبي حنيفة ، ونسبه إلى قم بضم القاف وتشديد الميم وهي بلدة معروفة بالعراق .

م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكر في الإجارة وأختيها م: (**بخلاف ما إذا قال: اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه ، أو أقرضته ألفًا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له ، حيث يكون القول قوله**) ش:

لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ، ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره . أما ههنا المقبوض عين ما أدعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا. ولو أقر أن فلانًا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذه الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر: لا ،بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر، فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه، وقد يكون ذلك في ملك يد المقر ، وصار كما إذا قال خاط

أي كون المقر مع يمينه ، م: (لأن الديون تقضي بأمثالها ، وذلك) ش: أي قضاء الديون بأمثالها م: (إنما يكون بقبض المضمون) ش: ليصير دينًا على الدائن ثم يتقاصان ، م: (فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة) ش: أي ثم ادعى عليه ما يبرئه وهو المقاصة م: (والآخر ينكره) ش: فكان القول للمنكر .

م: (أما ههنا) ش: يعني في صورة الإجارة وأختيها م: (المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا) ش: أي الحكمان حكم الإقرار باقتضاء الدين، وحكم الإجارة يوضحه أن الدين يقضي بالمثل ، فإذا أقر باقتضاء الدين كان مقدراً بأصل مثل حقه والمثل ملك المقر في الأصل ، فيكون مقراً به فيرد على المقر له .

وأما في صورة الإجارة فالمقبوض غير ما ادعى فيه هذه الأشياء، فلا يكون مقراً بالملك للمقر له .

م: (ولو أقر أن فلانًا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذه الكرم) ش: هذه مسائل«المبسوط» ذكرها تقريبًا م: (وذلك كله) ش: أي والحال أن ذلك كله م: (في يد المقر فادعاها فلان) ش: أنها له م: (وقال المقر: لا بل ذلك كله لي استعنت بك) ش: أي على الزراعة وعلى البناء وعلى الغرس م: (ففعلت) ش: أي هذه الأشياء م: (أو فعلته بأجر فالقول للمقر) ش: أي المقر يده في الحال، م: (لأنه ما أقر له) ش: أي لفلان م: (باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه) ش: أي من فلان ، وذا لا يدل على اليد ، لأن العمل قد يكون من العين والأجير ، واحترز بقوله بمجرد الفعل ما لو أقر أن فلانًا ساكن في هذا البيت ، وادعى فلان البيت ، فإنه يقضى به للساكن على المقر ؛ لأن السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن، فقال: إقرار باليد للغير مع الفعل وإقراره حجة عليه ، وما يثبت بإقراره كالعائن في حقه ، كذا في «المبسوط » .

م: (وقد يكون ذلك) ش: أي الفعل في الغير م: (في ملك يد المقر) ش: فإنه لا يؤمر بالرد عليه لأنه لم يقر بالقبض معه بعدما أقر بهذه الأشياء م: (وصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا قال: خاط

لي الخيـاط قميصي هـذا بنصف درهم ، ولم يقل قبضـته منه لم يكن إقراراً باليـد ، ويكون القول للمقر؛ لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبًا في يد المقر كذا هذا.

لي الخياط قميصي هذا بنصف ، درهم ولم يقل: قبضته منه لم يكن إقراراً باليد ،ويكون القول للمقر ؛لأنه بفعل منه) ش: وذا لا يدل على اليد م: (وقد يخيط) ش: الخياط م: (ثوبًا في يد المقر) ش: بأن خاطه في بيت المقر فلا يثبت يد الخياط عليه م: (كذا هذا) ش: أي وكذا حكم المسألة المذكورة في عدم لزوم الرد على المقر ، والله أعلم .

* * *

باب إقرار المريض

قال: وإذ أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والديون المعروفة الأسباب مقدم، وقال الشافعي - رحمه الله - : دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما ،وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين، ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة.ولنا :أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث.

م: (باب إقرار المريض)

ش: أي هذا باب في بيان حكم إقرار المريض ، وإنما أفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح ، وأخره لأن المرض بعد الصحة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري :م: (**وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة**) ش: مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة ،وأقر أيضاً بديون غيره معلومة الأسباب م: (**فدين الصحة والديون المعروفة الأسباب مقدم**) ش: على ما أقر به في مرضه .

وقال القاضي الحنبلي : قياس من مذهب أحمد أن دين الصحة أولى إذا ضاق مال عنها وهو قولنا ،وبه قال النخعي والثوري .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله - دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما، وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق**) ش: وهي في الحالين م: (**فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة**) أي صار إقراره في المرض كتصرفه بالبيع والنكاح فيستوي الحالان ، وبه قال مالك : -رحمه الله- والمزني والتهمي -من أصحاب أحمد- وأبو ثور وأبو عبيدة .

وذكر أبو عبيدة أنه مذهب أهل المدينة .

م: (**ولنا: أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه**) ش: أي في الإقرار م: (**إبطال حق الغير**) ش: كما رهن أو أجر ثم أقر أنه بغيره لا ينفذ إقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به م: (**وفي إقرار المريض ذلك**) ش: أي إبطال حق الغير م: (**لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء**) ش: أي من حيث الاستيفاء م: (**ولهذا منع**) ش: أي المريض م: (**من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث**) ش: إذا أحاطت الديون بماله ، وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين .

وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي -رحمه الله- من الاستواء بين حالة الصحة

بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل.وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة .وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير ، وهذه حالة العجز ، وحالتا المرض

وحالة المرض ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حالة المرض كما في حالة الصحة .

فإن قيل : الإقرار بالوارث في المرض صحيح وقد يضمن إبطال حق بقية الورثة ؟ .

أجيب : بأن استحقاق الوارث المال والمورث جميعًا ، فالاستحقاق يضاف إلى أحدهما وجوبًا وهو الموت ، بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت .

م: (**بخلاف النكاح**) ش: جواب عما استشهد به الشافعي -رحمه الله- من إنشاء النكاح ؛ وتقريره: أن يقال: لا يلزمنا إنشاء النكاح، م: (**لأنه من الحوائج الأصلية**) ش: والمرء غير ممنوع منها ، لأن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق إليه إلا بالنكاح م: (**وهو**) ش: أي النكاح م: (**بمهر المثل**) ش: هو من الحوائج الأصلية، وهذه جملة حالية، تقريره : أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل والزيادة عليه باطلة ، والنكاح جائز .

فإن قيل : لو تزوج شيخ فان رأسه جاز ، وليس بمحتاج إليها فلم يكن من الحوائج الأصلية؟ .

أجيب : بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح الميت ،والعبرة لأصل الوضع لا للحال ، فإن الحال مما لا يوقف عليها .

م: (**وبخلاف المبايعة بمثل القيمة**) ش: يعني المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء، م: (**لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة**).

ش: والمالية باقية م: (**وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال**) ش: هذا جواب عما يقال: لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين بالصحة، لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر؛ أجاب بقوله : وفي حال الصحة لم يتعلق الدين بالمال م: (**لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير**) ش: أي تثمير المال وهو تثمير ، ومنه قولهم ثمرة ماله ، أي كثرة فإذا تحقق التثمير لم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله، م: (**وهذه**) ش: أي حالة المرض م: (**حالة العجز**) ش: أي على الاكتساب فتعلق حقهم به حذراً عن الهوى، وكذا في المرض جواب عما يقال: سعى إذا أقر في حالة المرض سائبًا لا يصح لتعلق حق المقر الأول بماله، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله .

فأجاب عنه بقوله : م: (**وحالتا المرض**) ش: أي حالة أول المرض وحالة آخر المرض بعد أن

حالة واحدة لأنه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن المولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا، وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له ، وذلك مثل بدل مال ملكه لو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها ، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ، ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض؛لأن في إيثار بعض إبطال حق الباقين ،وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء

يتصل بهما الموت م: (**حالة واحدة**) ش: في حق الحجر ، فكانا بمنزلة إقرار واحد لما أن حالة الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعًا ، م: (**لأنه**) ش: أي لأن المرض م: (**حالة الحجر**) ش: عن التصرف فيما لا يجوز .

م: (**بخلاف حالتي الصحة والمرض ؛ لأن الأولى**) ش: أي حالة الصحة م: (**حالة إطلاق**) ش: للتصرف م: (**وهذه**) ش: أي حالة المرض م: (**حالة عجز فافترقا**) ش: ، ولو قال: حالة العجز لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق ، أي المذكورين من الحكمين دين الصحة ودين المرض ، وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال : م: (**وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له**) ش: أي لأن النبي ﷺ قال : « المعاين لا يرد » م: (**وذلك**) ش: إشارة إلى مثال الديون المعروفة الأسباب .

فقال : م: (**مثل بدل مال ملكه**) ش: كالثمن في البيع والقرض م: (**لو استهلكه**) ش: أي مثل بدل مال استهلكه م: (**علم وجوبه**) ش: أي وجوب بدل المال المذكور م: (**بغير إقراره**) ش: إما بالبينة أو بعلم القاضي ، م: (**أو تزوج امرأة بمهر مثلها**) ش: فإنه أيضًا من المعروفة الأسباب ،م: (**وهذا الدين**) ش: يعني الدين وقع في مرضه على الوجه المذكور م: (**مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله : إذ المعائن لا مرد له كذا قاله الأترازي ، وقال : لما بينا إشارة إلى قوله : إنه من الحوائج الأصلية .

م: (**ولو أقر بعين في يده لآخر**) ش: يعني إذا أقر بعين سواء كانت أمانة أو مضمونة م: (**لم يصح**) ش: أي إقراره م: (**في حق غرماء الصحة، لتعلق حقهم به**) ش: ، وعند الشافعي -رحمه الله- ومالك وأحمد -رحمهما الله- في رواية يصح لما في الدين ، وكذا يجوز عندهم أن تقضى دين بعض الغرماء به ما دون البعض بناء على أصلهم أن بسبب المرض لا يلحقه الحجر ، فكان في رقبته من الدين ، وقضاءه بالمرض والصحة سواء .

م: (**ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء**) ش: إذا كانت معروفة الأسباب سواء لأن حق الكل

إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة . قال وإذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض ، لأن الإقرار في ذاته صحيح ، وإنما رد في حق غرماء الصحة ، فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته . قال: فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره ، لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر - رضي الله عنه - إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ، ولهذا تقدم حاجته في التكفين .

يتعلق بالمال م: (**إلا إذا قضى ما استقرض**) ش: استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ، ومعناه: إذا قضى ما استقرض م: (**في مرضه**) ش: أي حال كونه في مرضه م: (**أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم**) ش: أي والحال أنه قد علم وجوبه م: (**بالبينة**) ش: أو بالمعاينة جاز ذلك وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره ، لأنه لو لم يبطل حق الغرماء وإنما حوله من محل إلى محل يعد له .

م: (**قال**) ش: أى القدوري -رحمه الله- م: (**وإذا قضيت**) ش: على صيغة المجهول م: (**يعني الديون المقدمة**) ش: وهي ديون الصحة والديون اللازمة بأسباب معلومة م: (**وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض؛ لأن الإقرار في ذاته صحيح ، وإنما رد في حق غرماء الصحة**) ش: لئلا تضيع حقوقهم م: (**فإذا لم يبق حقهم**) ش: أي حق غرماء الصحة م: (**ظهرت صحته**) ش: أي صحة إقراره في مرضه ، لأنه حينئذ كأنه لم يبق دين الصحة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره**) ش: لعدم المانع م: (**لأنه لم يتضمن**) ش: أي لأن إقراره هذا لم يتضمن م: (**إبطال حق الغير ، وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر -رضي الله عنه- إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته**) ش: هذا غريب لم يتصل ثبوته ، وأيضًا نسبته إلى عمر غير صحيح ، وإنما هو عن ابن عمر -رضي الله عنه- ؛ لأنه روى في «مبسوط خواهر زاده» وغيره عن ابن عمر -رضي الله عنه- لا عمر -رضي الله عنه- .

وكذلك روى في «الأصل» جده محمد بن الحسن فيه عن يعقوب -رحمه الله - عن محمد ابن عبيد الله العرزمي- رحمه الله - عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنه- أنه قال : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز ، وإن أحاط ذلك بماله وزاد على ذلك الأترازي : وأما الكمال وشيخه الكاكي فقد مشيا على ما هو المذكور في «الهداية» ولم ينبه أحد منهما على ما قلنا ، م: (**ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ**) ش: الحاجة م: (**ولهذا تقدم حاجته في التكفين**) ش: والتجهيز على الإرث .

قال: ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقية الورثة. وقال الشافعي- رحمه الله - في أحد قوليه يصح ؛ لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام :«لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ».

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله -: م: (**ولو أقر المريض لوارثه**) ش: بدين أو غيره م: (**لا يصح ، إلا أن يصدق فيه**) ش: أي في إقراره ببينة الورثة م: (**بقية الورثة**) ش: وبه قال أحمد ، وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم بن سالم وأبو هاشم والشافعي في قول .

م: (**وقال الشافعي في أحد قوليه يصح**) ش: وهو الأصح ، وبه قال أبو ثور- رحمه الله - ، وهو قول عطاء والحسن البصري - رحمهما الله - .

وقال مالك : يصح إذا لم يتهم ، ويبطل إزاءهم كمن لم يثبت وابن عمر -رضي الله عنه - ، وابن عمر فأقر لا بينة لم يقبل ؛ ولو أقر لابن عمه قبل، واختاره الروياني من أصحاب الشافعي-رحمه الله- لفساد الزمان .

وقال مالك : لو أقر لأجنبي لا يصح في رواية إذا كان متهمًا بأن الأجنبي صديقًا له ملاطفًا ، و المقر يورث كلالة، م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإقرار م: (**إظهار حق ثابت**) ش: يعني إخبار عن حق لازم عليه م: (**لترجح جانب الصدق فيه**) ش: أي في هذا الإقرار ، لأن حال المريض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق ، فكان كحال الصحة ، بل أدل فلا أثبت الحجر عن الإقرار به م: (**وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر**) ش: نحو أن يقر المجهول النسب أنه يصح وأن يضمن وصول شيء من التركة إليه م: (**وبوديعة مستهلكة للوارث**) ش: أي وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فإنه صحيح .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ :م: («**لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين**») ش:[1] . هذا الحديث رواه الدارقطني في «سننه» عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد -رحمهم الله- عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : لا وصية. . . إلى آخره . وهو مرسل . ونوح بن دراج ضعيف، نقل عن أبي داود أنه قال :أبان يضع الحديث .

وقال الأترازي- رحمه الله -: ولنا حديث الدارقطني وساقه إلى آخره ولم يقف على حاله

---

(١) موضوع : رواه الدارقطني في الوصايا(٤/ ١٥٢) ، عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه . . . مرفوعًا ، وهو مرسل. ونوح بن دراج قال فيه أبو داود : كان يضع الحديث.

ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ،ولأن حالة المرض حالة الاستغناء ، والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة ؛ لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه، وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضًا، ثم هذا التعليق حق بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره.قال: فإن أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا. والقياس: أن لا يجوز إلا في الثلث، لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي ،

وكذا قال الأكمل- رحمه الله - . ولنا قوله عليه السلام . . . الحديث ، ثم قال: وهو نص في الباب، لكن شمس الأئمة - رحمه الله -قال : هذه الزيادة غير مشهورة، يعني قوله: والإقرار له بدين، والمشهور قول ابن عمر -رضي الله عنهما - وقد مر عن قريب، م: (ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ،ولهذا) ش: أي ولأجل تعلق حق الورثة بماله في مرضه م: (يمنع من التبرع على الوارث أصلاً) ش: مثل الوصية والهبة م: (ففي تخصيص البعض به) ش: أي التبرع م: (إبطال حق الباقين ، ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) ش: أي عن المال لظهور آثار الموت فيه ،م: (والقرابة سبب التعلق) ش: أي سبب تعلق حقهم بماله .

م: (إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة) ش: أي في حالة الصحة م: (لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) ش: أي مع المريض، م: (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) ش:، هذا جواب عما يقال: الحاجة موجودة في حق الوارث أيضًا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث ، فأجاب عنه بقوله وقل ما يقع المعاملة مع الوارث .

اعلم أن قل فعل دخلت عليه كلمة ما ومعناه إخبار عن وقوع هذا الفعل بقلة ، ووجه ذلك كان البيع للاسترباح ، والاسترباح مع الوارث لأنه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل الربح م: (ولم يظهر) ش: أي هذا التعليق.

م: (في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضًا) ش: أي بقاء نسله والإقرار بالنسب بفعل ، لأنه من الحوائج الأصلية، ولأن فيه حمل النسب على نفسه وصح ، وإذ ثبت النسب ثبت الميراث ضرورة. م: (ثم هذا التعليق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره) ش: وهذا ظاهر م: (فإن أقر الأجنبي جاز وإن أحاط) ش: أي إقراره م : (بماله لما بينا) ش: أشار به إلى قوله : لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه م: (والقياس: أن لا يجوز إلا في الثل؛ لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول :لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقى

لأنه الثلث بعد الدين ثم ، وثم حتى يأتي على الكل. قال: ومن أقر لأجنبي ثم قال : هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها . وجه الفرق أن دعوى النسب تسند إلى وقت العلوق ، فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ، ولا كذلك الزوجية، لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية . قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثًا ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة ، وباب الإقرار مسدود للورثة ، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت

لأنه الثلث بعد الدين) ش: محل التصرف فينفذ الإقرار في الثلث الثاني م: **(ثم وثم حتى يأتي على الكل)** ش: هكذا ذكر في« الإيضاح» أيضًا .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(ومن أقر لأجنبي ثم قال :هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها)** ش: ، وبه قال أحمد والشافعي - رحمه الله- في قول لا يصح إقراره للوارث ، وبه قال أحمد في الأصح والشافعي في القديم ومالك ، واختاره الروياني وأبو إسحاق من أصحابه .

وقال في الجديد وهو الأظهر في مذهبه وأحمد في رواية ،م: **(لم يبطل إقراره لها وجه الفرق)** ش: أي بين المسألتين م: **(أن دعوى النسب تستند إلى وقت العلوق ، فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح)** ش: معناه أن النسب إذا ثبت يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، فيتبين بثبوت النسب أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل م: **(ولا كذلك الزوجية ،لأنها)** ش: أي لأن الزوجية م: **(تقتصر على زمان التزوج)** ش: قضاه إذا ثبتت الزوجية تثبت مقتصرة على زمان العقد، م: **(فبقي إقراره لأجنبية)** ش: فلا يبطل وفي قول زفر -رحمه الله- يبطل الإقرار لها بالدين، بخلاف الزوجية .م: **(قال)** ش: أي القدوري- رحمه الله -م: **(ومن طلق امرأته)** ش: ،وفي نسخة : زوجته م: **(في مرضه ثلاثًا ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها)** ش: أي من الزوج م: **(منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للوارث ، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح)** ش: لأن هذا إذا كانت مؤقتة قبل انقضاء العدة ،فإن مات مثلاً جاز م: **(إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت)** ش: أي أقل الأمرين . وقال الأسبيجابي في « شرح الكافي»: ولو أقر لأمرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها ويحاص غرماء الصحة . ولو أقرت في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق . وفي «الفتاوى الصغرى» : المريضة إذا أقرت باستيفاء مهر فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح، والله أعلم .

* * *

فصل

قال: ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضًا ، لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به، وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبًا في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف؛ لأنه يمنع ثبوته من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه، إذ المسألة ووضعها في غلام يعبر عن نفسه ، بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثة في الميرات لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته .

فصل

أي هذا فصل في بيان الإقرار بالنسب ولعلته بالنسبة إلى الإقرار بالمال أخر ذكره . م: (**قال: ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه**) ش: أي مثل هذا الغلام فولد لمثل هذا الرجل لئلا يكون مكذبًا في الظاهر ، م: (**وصدقه الغلام ثبت نسبه منه**) ش: أي فيما إذا كان الغلام يعبر عن نفسه ، أما إذا كان لا يعبر عن نفسه يثبت نسبه منه بدون تصديقه . وهذان شرطان شرطهما القدوري لأن المسألة من مسائله في « مختصره »، وسيذكره المصنف، م: (**وإن كان مريضًا**) ش: واصل بما قبله أي وإن كان المقر مريضًا م: (**لأن النسب مما يلزمه خاصة**) ش: لأنه حمل النسب على نفسه لا على غيره م: (**فيصح إقراره به**) ش: لأن النسب عما يحتاط فيه ، م: (**وشرط**) ش: أي القدوري : م: (**أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبًا في الظاهر**) ش: وعند الشافعي وأحمد : لا يشترط تصديقه وتكذيبه إذا لم يكن مكلفًا كالصغير والمجنون عبر عن نفسه أولاً .

وفي «الكبير » : يشترط تصديقه . وقال مالك : لا يشترط تصديقه إذا لم يكذبه الحس أو الشرع سواء كان كبيراً أو صغيراً ، وإن كذبه الحس بأن يكون لا يولد مثله لئلا يثبت نسبه بلا خلاف .

وقال مالك أيضًا : لو كذبه العرف بأن يتيقن الناس بأنه ليس بولده كما إذا كان الغلام سنديًا والرجل فارسيًا لا يثبت نسبه ، ولا يكون الغلام حراً ذكره في « الجواهر» . م: (**وشرط**) ش: أي القدوري أيضًا : م: (**أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره ، وإنما شرط**) ش: أي القدوري م: (**تصديقه**) ش: أي تصديق الغلام م: (**لأنه في يد نفسه إذ المسألة ووضعها في غلام يعبر عن نفسه ، بخلاف الصغير على ما مر من قبل**) ش: أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى في قوله : وإن كان الدعوى الصبي في يديهمام: (**ولا يمتنع بالمرض**) ش: أي لا يمتنع الإقرار بالنسب بسبب المرض م: (**لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثه في الميراث ، لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته**) .

قال: ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى ،لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير، وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة، لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق . وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ،ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت ، وكذا يصح تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق، وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها ؛ لأن الإرث من أحكامه وهذا .

م: (قال:) ش: أي القدوري : م: (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى، لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) ش: ،كل ذلك يجوز بالشرائط المذكورة ، ويشترط أن يصدقة الأب والأم إذا كانا عاقلين ، وفي هذا إجماع لا خلاف فيه ، وإنما أطلق المولى ليشتمل الأعلى والأسفل جميعا م: (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) ش: وهو : أن موجب الإقرار يثبت لهما بينهما بتصادقهما ، وليس فيه حمل الغيب على الغير ، ويشترط أن تكون المرأة خالية عن الزوج وعدته ، ولا يكون تحت المقر له بالزوجية اختًا وأربع سواها، م: (ولا يقبل بالولد) ش: أي ولا يقبل إقرار المرأة بالولد م: (لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ؛ لأن النسب منه) ش: أي من الزوج م: (إلا أن يصدقها الزوج ، لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة ، لأن قول القابلة في هذا مقبول ، وقد مر في الطلاق) ش: أي في باب ثبوت النسب عند قوله فإن حجة الولادة بشهادة امرأة واحدة تشهد بولادة حتى لو نفاه الزوج الملاعن م: (وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) ش: فهو عند قوله : وإذا ادعت امرأة صبيًا أنه ابنها ، لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة .

م: (ولا بد من تصديق هؤلاء) ش: بلا خلاف لأنه في أيدي أنفسهم ، فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم، م: (ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر ، لأن النسب يبقى بعد الموت) ش: ، ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري، معناه : أن المقر بالنسب إذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه ، فإذا صدق في حال حياة المقر صح ، فكذا إذا صدق بعد موته لبقاء النسب بعد الممات .

م: (وكذا يصح تصديق الزوجة) ش: أي زوجها في إقراره بالنكاح بعد موته م: (لأن حكم النكاح باق) ش: أي بعد الموت وهو العدة ، وهذا بالإتفاق م: (وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها) ش: أي وكذا يصح تصديق زوج المرأة بعد موتها إذا أقرت بالنكاح ، وهذا عند أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - حتى يجب عليه مهرها وله الميراث منها م: (لأن الإرث من أحكامه) ش: أي من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة م: (وهذا) ش: أي تصديق الزوج بعد

وعند أبي حنيفة- رحمه الله- لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار. قال: ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب ، لأن فيه حمل النسب على الغير، فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له ، لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف ، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه ، لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه عند عدم

موتها م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله - لا يصح ؛ لأن النكاح انقطع بالموت ، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا**) ش: ، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعًا سواها م: (**ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث**) ش: ، هذا جواب عما يقال على وجه الإيراد على قول أبي حنيفة وهو أن يقال : سلمنا أن تصديق الزوج في إقرار الزوجة بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع حكم التزوج بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا خلافًا للشافعي ، ولكن لا يجوز تصديق الزوج إياها بعد موتها على اعتبار الإرث ، لأن التصديق إذا ثبت يستند إلى أول الإقرار ، وفي تلك الحالة لا يوجد الإرث لأنه لا يتحقق إلا بعد الموت ، وهو معنى قوله : م: (**لأنه**) ش: أي لأن الأرث م: (**معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت**) ش: أي الإرث م: (**بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار**) ش: وفي هذه الحالة لم يوجد الإرث كما ذكرنا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب**) ش: ، وإن صدق المقر له بالنسب لا بد له من البينة ، كذا في «التحفة» م: (**لأن فيه**) ش: أي لأن في هذا الإقرار م: (**حمل النسب على الغير**) ش: لأن في إقراره بالأخ يكون حمل النسب على الأب ، وفي إقراره بالعم يكون حمل النسب على الجد م: (**فإن كان له**) ش: أى لهذا المقر بالأخ أو بالعم م: (**وارث معروف قريب**) ش: كصاحب الفرض أو العصبة م: (**أو بعيد**) ش: كذي رحم م: (**فهو أولى بالميراث**) ش: أي بميراث هذا المقر إذا مات كان أولى م: (**من المقر له**) ش: بالأخ أو بالعم .

م: (**لأنه لما لم يثبت نسبه**) ش: أي نسب المقر له م: (**منه لا يزاحم الوارث المعروف ، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له**) ش: وهو الأخ أو العم م: (**ميراثه ؛ لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث**) ش: فيتصرف بما شاء ثم اوضح ذلك بقوله : م: (**ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه**) ش: أي بجميع ماله ، فإذا كان كذلك عند عدم الوراث فيستحق المقر له المذكور م: (**عند عدم**

الوارث فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقية حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له ، ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ؛ لأن رجوعه صحيح ، لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار . قال: ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا ويشاركه في الميراث ، لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ، ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في

الوارث فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير، وليست هذه وصية حقيقية) ش: بيان هذا أن المقر له المذكور إذا لم يكن وارثاً كان له أن يتصرف في ماله بما شاء حتى يجوز له أن يوصي بجميع ماله ، فإذا أقر بما لا يثبت نسبه صار كأنه أقر من حبه تصرف ماله فكأنه أوصى له به ، وليس هذا بوصية في الحقيقة أوضح ذلك بقوله : م: (حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة . ولو كان الأول) ش: أي الإقرار بالأخ م: (وصية لاشتركا) ش: أي الأخ والموصى له بجميع ماله م: (نصفين لكنه) ش: استدراك من قوله : وليست هذه وصية حقيقة ، أي لكن الإقرار بنسب الأخ أو العم م: (بمنزلته) ش: أي بمنزلة الوصية بدليل صحة الرجوع ، ولو لم يكن بمنزلة الوصية لما صح الرجوع ثم أوضح ذلك أيضاً بقوله :

م: (حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ، ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له) ش: بالجميع م: (ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ؛ لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار) ش: وينبغي أن يعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت كما نحن فيه ، فإذا ثبتالنسب لا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (من مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت أخيه لما بينا) ش: وهو أن فيه حمل النسب على الغير م: (ويشاركه في الميراث) ش: وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- وأكثر أهل العلم ، وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يشارك في الإرث لعدم ثبوت النسب ، وحكي ذلك عن ابن سيرين، م: (لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه ، والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق) ش: يقبل إقراره بالعتق ولا يقبل إقراره ، أي في عدم الرجوع بالثمن ، لكن لا يعتبر في حق الرجوع بالثمن على البائع وهو معنى قول : م: (لم يقبل إقراره عليه، حتى لا يرجع عليه بالثمن ،ولكنه يقبل في

حق العتق . قال من مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون ،لأن هذا إقرار بالدين على الميت ؛ لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون، فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا. غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركًا بينهما ، لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيودي إلى الدور .

حق العتق) ش: حتى يعتق عليه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائه درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون؛ لأن هذا إقرار بالدين على الميت ؛ لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون**) ش: لأن الديون تقضى بأمثالها م: (**فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا**).

ش: قال الأترازي : احترز عن قول ابن أبي ليلى ، فإن عند هلاك الدين تسبب الإقرار ليستتبع في النصين .

وقال الكاكي -رحمه الله- : قوله كما هو المذهب عندنا ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول . وقال الشافعي -رحمه الله- في قول وأحمد -رحمه الله- يلزمه نصف الدين، وهو قياس مذهب مالك -رحمه الله-وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور .

م: (**غاية الأمر**) ش: هذا جواب عما يقال : إن زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض عن التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركًا بينهما ، فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر له ، أي نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما ؟

فأجاب بقوله : غاية الأمر : م: (**أنهما**) ش: أي المقر والمكذب م: (**تصادقا على كون المقبوض مشتركًا بينهما ، لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم**) ش: لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً ، وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القرض ، وقد انتقض في هذا المقدار، م: (**ورجع الغريم على المقر**) ش: لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث م: (**فيؤدي إلى الدور**).

انتهى الجزء التاسع يليه الجزء العاشر :

أوله كتاب « الصلح »

* * *

فهرس محتويات

الجزء التاسع

من

البناية

شرح الهداية

فهرس المحتويات

كتاب أدب القاضي

فصل في الحبس ٢٦
باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٥
فصل ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص... إلخ ٤٦
باب التحكيم ٥٨
مسائل شتى في كتاب القضاء ٦٤
فصل في القضاء بالمواريث ٧٨
فصل في قول القاضي: قد قضيت على هذا الرجم، فارجمه... إلخ ٩٦

كتاب الشهادة

فصل ما يتحمله الشاهد على ضربين... إلخ ١٢٢
باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ١٣٤
باب الاختلاف في الشهادة ١٦٧
فصل في الشهادة على الإرث ١٨١
باب الشهادة على الشهادة ١٨٥
فصل قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعذره... إلخ ١٩٦

كتاب الرجوع عن الشهادة

كتاب الوكالة

باب الوكالة بالبيع والشراء ٢٣٥
فصل في الشراء ٢٣٥

فصل في التوكل بشراء نفس العبد ٢٦١
فصل في البيع ٢٦٦
فصل وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلاه به دون الآخر ... إلخ .. ٢٨١
باب الوكالة بالخصومة والقبض ٢٨٩
باب عزل الوكيل ٣٠٥

كتاب الدعوى

باب اليمين ٣٢٣
فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ٣٤١
باب التحالف ٣٥٢
فصل فيمن لا يكون خصماً ٣٧٦
باب ما يدعيه الرجلان ٣٨١
فصل في التنازع بالأيدي ٤٠٦
باب دعوى النسب ٤١٣

كتاب الإقرار

فصل قال: ومن قال: لحمل فلانة عليّ ألف درهم... إلخ ٤٤٧
باب الاستثناء وما في معناه ٤٥٠
باب إقرار المريض ٤٦٨
فصل قال: ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف... إلخ ٤٧٥